3012

ESP P3

Archiv für praktische
Rechtswissenschaft
N F VII 1

B
13

Digitized by Google

Digitized by Google

II 659
P 3

Archiv

für praktische

Rechtswissenschaft

aus dem Gebiete

des

Civilrechts, Civilprocesses und Criminalrechts,

mit namentlicher Rücksicht

auf

Gerichtsaussprüche und Gesetzgebung.

Herausgegeben

von

Dr. **Emminghaus**, vortr. Rath im Staats-Ministerium, Dep. der Finanzen in Weimar, Dr. **E. Hoffmann**, Hofgerichtsrath in Darmstadt, Dr. **Ihering**, Hofrath und Professor in Wien, **H. Martin**, Oberappellationsgerichtsrath in Kassel und **A. Weber**, Hofgerichtsrath in Darmstadt.

Neue Folge. Siebenter Band.

Erstes Heft.

Darmstadt & Leipzig.

Eduard Zernin.

1870.

Darmstadt Landesbibliothek

Digitized by Google

7012
B 13

Archiv

für praktische

Rechtswissenschaft

aus dem Gebiete

des

Civilrechts, Civilprocesses und Criminalrechts,

mit namentlicher Rücksicht

auf

Gerichtsaussprüche und Gesetzgebung.

Herausgegeben

von

Dr. **Emminghaus**, vortr. Rath im Staats-Ministerium, Dep. der Finanzen in Weimar, Dr. **E. Hoffmann**, Hofgerichtsrath in Darmstadt, Dr. **Ihering**, Hofrath und Professor in Wien, **H. Martin**, Oberappellationsgerichtsrath in Kassel und **A. Weber**, Hofgerichtsassessor in Darmstadt.

Neue Folge. Siebenter Band.

Darmstadt & Leipzig.
Eduard Zernin.
1870.

Digitized by Google

Buchdruckerei von G. Otto in Darmstadt.

Digitized by Google

I.

Vom Spiel-Anlehen.

Von B. Emminghaus.

§. 1.

Ob und wiefern der Empfänger eines zum Zwecke des Spieles ihm vorgestreckten Geldanlehens zu dessen Zurückzahlung gemeinrechtlich verbunden sei, ist bekanntlich streitig. Mehrere ältere und neuere, Rechtslehrer[1] haben es unbedingt bejahet. Die große Mehrzahl[2] enschied sich indeß für die gleich unbe-

[1] de Cocceji Jus civile controvers. Lit. XI. Tit. V. qu. 2 (edit. Emminghaus, vol. II. pag. 167). Hufeland, Lehrb. des gemein. Civilrechts, Bd. I. §. 574. unter 2. S. auch Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts, Bd. II. Abthl. 2. §. 420. bei Not. 7.

[2] So unter Anderen: Thibaut, Pandekten-Recht, §. 575. d. 8. Ausg. Schweppe, Röm. Privatrecht, fortgef. von Meyer, §. 520. bei Not. 4. Meno Valett, Practisch. Pandect. Recht §. 602. b. Not. 34. von Wening-Ingenheim, gemein. deutsch. Civilrecht, Buch III. §. 206. Mühlenbruch, Pandekt. Rt. §. 426. Phillips, gem. deutsches Privatrecht, 2. Ausg. Bd. I. §. 81. S. 505. Roßhirt, gem. deutsches Civilrecht, §. 459. (Thl. II. S 480.) Göschen, Vorlesungen über d. gemeine Civilrecht, herausgeg. v. Erxleben, 2. Ausg. Bd. II. Abth. 2. §. 544. unter 2. Seuffert, prakt. Pandektenrecht, 4. Aug. v. E. A. Seuffert, §. 369. b. Not. 7. Sintenis, das prakt. gemeine Civilrecht, 3. Aufl. §. 123. p. 736. bei Not 5. von Holzschuher, Theorie und Casuistik d. gemein. Civilrechts, 2. Ausg. Bd. III. Kap. XVII. S. 887. und v. Keller, Pandekten-Vorlesungen, herausgeg. v. Friedberg, §. 229. Nur von zu verbotenen Spielen wissentlich gemachten Darlehen reden ausdrücklich: Weber, Lehre v. der natürl. Verbindlichkeit §. 76. S. 348. ingleichen Glück, Erläuterung d. Pandekten Thl. XI. §. 334 ff.

Digitized by Google

dingte Verneinung, und zu diesem Resultate gelangte, als er in seiner anerkannt verdienstlichen und gediegenen „Lehre vom Spiele aus dem deutschen Rechte neu begründet" die Frage gleichfalls einer Erörterung unterzog, auch Wilda[3]. Auch nach verschiedenenen Aeußerungen des römischen Rechtes, namentlich aus L. 12. §. 11. D. mandati 17, 1. vergl. mit L. 2 § 1. D. quar. recum actio non datur. 44, 5. — sagt er — scheine mit Grund gefolgert zu werden, daß ein zum Spiele gemachtes Darlehen nicht zurückgefordert werden könne; zuverlässig aber verhalte sich dieß so nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes, — welche Wilda von dem von ihm eingenommenen Standpunkte aus, wie überhaupt in der Lehre vom Spiele und vom Spielvertrage, so auch bezüglich unserer Frage, als die allein maßgebenden ansieht. Ihm sind hierin sodann die meisten späteren, insonderheit die Verfasser neuerer Lehrbücher des deutschen Privatrechts[4] fast ohne Ausnahme, zum Theil nahe zu blindlings[5] gefolgt; auch sie lehren ganz allgemein: Keinem der wissentlich Geld zu irgend welchem Spiele hergeliehen habe, stehe nach gemeinem Rechte ein wirksames Klagerecht auf Wiedererstattung gegen den Darlehensempfänger zu.

[3] In der Zeitschrift f. deutsches Recht, Bd. II. S. 190 ff.

[4] So: Hillebrand, deutsch. Privatrecht, §. 105. S. 329. Walter, gemein. deutsches Privatrecht, §. 369. S. 416. Bluntschli, deutsches Privatrecht, Bd. II. §. 142. p. 137. Beseler gemein. deutsches Privatrecht Bd. II. §. 130. S. 369. Gengler, deutsch. Privatrecht, S. 737. 3. — Gerber (deutsch. Privatrecht, Ausg. 1 §. 193. S. 83. der Abthl. II. Not. 5) sagt dagegen blos: in den von Wilda angeführten Stellen aus dem deutschen Recht sei sogar oft dem, welcher ein Darlehen zum Zweck des Spieles gegeben, die Klage versagt. — Mit Stillschweigen übergehen die Frage vom Spiel-Anlehen wohl absichtlich, Mittermaier, Grundsätze d. gemein. deutsch. Privatrechts, 6. Ausg. §. 298, ingleichen Maurenbrecher, d. heutige gemeine deutsche Recht, §. 376. Wolf, im gemein. deutsch. Privatrecht §. 157 aber lehrte gerade zu: ein zum Spielen gegebenes Darlehen begründe die Darlehnsklage.

[5] So Heimbach, im Rechtslexikon, Bd. X. S. 410 ff.

Digitized by Google

In solcher Allgemeinheit die Richtigkeit des Satzes anzuerkennen bin ich, meines Theils, außer Stande, glaube vielmehr, für eine dritte, mehrfach auch schon von Anderen in ähnlicher, wenn auch nicht durchweg gleicher Weise erfaßten Ansicht meine Stimme erheben zu sollen. — Zunächst — meine ich — habe man zwischen Darlehen zu einem gesetzlich erlaubten, und zwischen Darlehen zu unerlaubtem oder verbotenem Spiele zu unterscheiden. Rücksichtlich der ersteren dürfte dem Darleiher das Recht der Rückforderung in keinem Falle abzusprechen sein; bei Darlehen zu einem nicht erlaubten Spiele hingegen nur dann, wenn der Darleiher entweder selbst als Mitspieler an dem Spiele sich betheiligt, oder bei Gelegenheit des Spieles diesem mit dem dargeliehenen Gelde Vorschub geleistet hat. Weiter finde ich die Hauptargumente für die von mir vertretene Ansicht nicht im deutschen, sondern im römischen Rechte, und halte es für vollkommen gerechtfertigt, sie dem letzteren zu entlehnen. — Hierüber das Folgende. —

§ 2.

Wilda bestreitet die Anwendbarkeit des römischen Rechtes in der Lehre vom Spiel ausgehend davon[6], daß sich in Deutschland ein Inbegriff von in sich zusammenhängenden Rechtsgrundsätzen über das Spiel unabhängig vom römischen Rechte entwickelt habe, die das römische Recht bei seiner Aufnahme fertig und in dem deutschen Bewußtsein gewurzelt vorgefunden, in welchem sie dann in ihren Hauptbestandtheilen bis auf die Gegenwart sich erhalten hätten.

Insoweit hierbei eine bekannte von unseren Germanisten einer Seits und unseren Romanisten anderer Seits seit längerer Zeit lebhaft discutirte, jedoch endgültig wohl noch keineswegs entschiedene Principien- oder Schulenfrage wesentlich einschlägt, muß deren Austrag Anderen überlassen werden. Näher hier auf dieselbe einzugehen, würde zu weit von dem

[6] a. a. O. S. 134.

Digitized by Google

gesetzten Ziele abführen. — Nur an einige dabei nicht zu übersehenden Momente will ich kürzlich erinnern.

Spiele von verschiedenen Arten, Gattungen und Formen sind zweifellos bei den Römern so gut wie bei den Deutschen von jeher getrieben worden, und es hat das Spiel im Laufe der Zeit in Deutschland, wie in Rom eine, dort wie hier mehrfachen Wandlungen unterworfen gewesene rechtliche Regelung erfahren; jedoch mit dem Unterschiede, daß die darüber aufgestellten Rechtsgrundsätze im römischen Reiche und Rechte, unter Justinian, allerdings, nie aber im deutschen Rechte, in welchem selbst in den Grundanschauungen ein bis weit über das Mittelalter hinaus reichender Wechsel sich kundgiebt, zu einem bestimmten Abschlusse gediehen sind. Für den letzteren Umstand liefert, dünkt mich, gerade das von Wilda gesammelte und mit großem Fleiße zusammengestellte und verarbeitete Material den unwiderleglichsten Beweis. Jedenfalls ist hiernach das Spiel nicht etwa, wie so manches andere bei uns eingebürgerte Rechtsinstitut, als ein rein und ursprünglich deutsches, sondern als ein sogenanntes gemischtes Institut aufzufassen. Um so weniger darf es also befremden, wenn man seit das römische Recht, in complexu, in Deutschland recipirt ist im Forum keinen Anstand nahm, bei der Erörterung und Aburtheilung spielrechtlicher Fragen, und namentlich bei der Erörterung und Aburtheilung der Frage vom Spiel-Anlehen, in so weit sonstige, namentlich reichs- oder partikulargesetzliche, oder gewohnheitsrechtliche Normen nicht vorlagen, oder die vorhandenen nicht ausreichten, auf das römische Recht zurückzugehen. Denn allerdings ist das römische Recht in dem hier in Rede stehenden Bereiche nur mit gewissen Modifikationen bei uns anwendbar. Es kommen Bestimmungen darin vor, welche [6a] sich auf Spiele beziehen, die uns gänzlich unbekannt, und Vorschriften, welche mit unseren heutigen Rechtsbegriffen

[6a] Wie namentlich das in c. 2. C. de aleatorib. 3. 43. erwähnte Spiel mit „equis ligneis".

Digitized by Google

schlechthin nicht in Einklang zu bringen sind.[6b] Auch haben sich schon bevor das römische Recht bei uns Eingang und allmälige Verbreitung fand allerdings, eine Reihe von jenem fremden Rechte abweichende einzelne Rechtssätze in Deutschland gebildet, welche, auch so weit sie in die Reichsgesetze überall nicht übergegangen sind, heutigen Tages fortwährend noch gemeinrechtliche Geltung behaupten, theils weil sie in den uns aufbewahrten Aufzeichnungen der deutschen Gewohnheitsrechte, — dem Sachsenspiegel und den diesem verwandten Rechtsbüchern — mitenthalten sind, theils, weil sie in der deutschen Gerichtspraxis einverständlich bleibend Fuß gefaßt haben. — Hüten muß man sich aber freilich, dahin schon alle diejenigen das Spiel oder den Spielvertrag angehenden Sätze zuzählen, welche in einer größeren oder kleineren Zahl von älteren und neueren Stadrechten, sonstigen Ortsstatuten oder Landesordnunge wieder kehren und dann vielleicht mit, möglicher Weise aber auch ohne Hinblick darauf in diesem oder in jenem deutschen Partikular-Gesetzbuche der Neuzeit eine Stelle fanden. Dergleichen Sätze werden zwar wenn es sich in concreten Fällen vom Nachweise eines behaupteten deutschen Gewohnheitsrechtes handelt oft von erheblicher Bedeutung sein und mit Erfolg benutzt, aber unmittelbar zu den Quellen des gemeindeutschen Rechtes keineswegs gerechnet werden können.

Wohl ist nun in mehreren dergleichen Statuten und Ordnungen aus zum Theil weit zurückliegenden Jahrhunderten vorgeschrieben, daß Geld zum Spiele nicht hergeliehen werden, und Keinem, der ein solches Darlehen gemacht hat, ein Anspruch auf die Zurückerstattung zustehen solle. Von den von Wilda[7] desfalls in Bezug genommenen Belegstellen dürften dahin gehören: die Vorschrift in den Statuten der Stadt Frankfurt a. M. v. J. 1352. Kap. 63, § 2,

[6b] Dahin die befremdlichen Bestimmungen in L. 1. D. de aleatorib 11, 5., nach welchen Derjenige, der in seiner Wohnung verbotene Spiele duldete, straflos mißhandelt werden durfte u. s. w.

[7] a. a. O. S. 191 Note 2.

Digitized by Google

„Auch enſül nyman dem andern kein Geld wizzentliche lyhen zum Spele, wer es darüber (?) lyhe der ſal alſo vele der Stat gebin, une wer es entneme der der ſal auch alſe vele der Stad gebin."

und jedenfalls die Vorſchrift des Baieriſchen Landrechts v. J. 1616 Tit. XXXII., Art. 2.[8] verb.

„— — ſo wie auch, was zum Spiel angeliehen war, nicht zurückgefordert werden ſoll";

außerdem aber namentlich auch die Beſtimmung der Nürnberger Reformation v. J. 1479 Tit. VI. 19:[9]

„— ſo ſoll kein Bürger oder Innwohner dem andern umb einich gelihen, geporgt oder ausſtendig Spilgelt noch Afterwett und desgleichen ſo yemant dem andern wiſſentlich zu dem Spil leihet — ichts ſchuldig —, ſondern ſy ſollen unzymlich, verpotten, abgeſtellt ſeyn."

Eben ſo ſetzt auch das Preußiſche Allgemeine Landrecht, Thl. I. Tit. 11 5. 581 feſt:

„Gelder, die ausdrücklich zum Spielen — —, oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verluſtes verlangt und geliehen worden ſind, können nicht gerichtlich eingeklagt werden."

Allein gemeingültiges Recht iſt aus dieſen, obwohl ihrem Inhalte nach ſachlich übereinſtimmenden, Satzungen unmöglich zu ſchöpfen. Ihre geſetzliche Kraft iſt oder war, ſelbſtverſtändlich, auf das Gebiet beſchränkt, für welches ſie als Geſetz gegeben wurden. Der Annahme aber, als ob ſich in ihnen eine feſtſtehende allgemeine volksthümliche Rechtsanſchauung abſpiegele, würde die Thatſache entgegenſtehen, daß, wie wir weiter unten ſehen werden, in anderen Statuten und Ordnungen aus dem 17. und 18. Jahrhunderte nicht unweſentlich von ihnen abweichende Beſtimmungen vorkommen, und daß, wie gleich hier bemerkt werden mag, weder das Oeſter-

[8] Ebendaſ. u. S. 167.

[9] Bei Kraut, Grundriß zu Vorleſungen über das deutſche Privatrecht, 3. Ausg. §. 175. S. 303. Nr. 23.

Digitized by Google

reichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch,[10] noch das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen[11] eine ähnliche Vorschrift enthält, wie das von Wilda angerufene Preußische Landrecht.

Auch Wilda legt daher das Hauptgewicht bei der Vertheidigung seiner Doctrin vom Spiel-Darlehen nicht auf jene Satzungen, gründet diese Doctrin vielmehr hauptsächlich auf das „bestimmt gemeinrechtlich anerkannte" Gebot, „daß nicht auf Borg, gespielt werden solle", aus welchem Gebot, „daß nicht auf Borg gespielt werden solle", folge, daß „selbst bei nicht strafbaren Spielen" das Darleihen von Geld, es möge von einem Mitspieler, oder von einem Dritten geschehen, unzulässig erscheine". — Das Bestehen eines gemeinrechtlichen Verbotes, auf Borg zu spielen, wird denn auch schwerlich zu bestreiten sein. Hat es doch, an und für sich, selbst in den Reichsgesetzen einen entschiedenen Ausdruck gefunden. Die Reichs-Reuter und Fußknechtsbestallung v. J. 1570. §. 211.[12] verordnet.

> „Es soll — keiner dem andern auff dem Spiel auffschlagen, noch weiter, dann er baar Geld hat, spielen: wo aber einer dem andern viel oder wenig auf Borg abgewinne, solle ihm der Ander nichts darumb zu zahlen schuldig seyn,"

und ging diese Vorschrift gleich, wie sie hier vorliegt, blos das Reichsheer an, so ist es doch, da ein allgemeines ganz gleiches

---

[10] Dieses sagt, §. 1272, blos: — — „Welche Spiele überhaupt, oder für besondere Classen verboten, wie Personen die verbotene Spiele treiben, und diejenigen, die ihnen dazu Unterschleif geben, zu bestrafen sind, bestimmen die politischen Gesetze".

[11] In diesem Gesetzbuche wurde vielmehr von einer Bestimmung über die Gültigkeit von Darlehen zum Zwecke des Spiels, — wie dieß auch schon bei der Ausarbeitung der Churfächs. Constitutionen v. J. 1572. (Vergl. Schletter, die Constitutionen Kurfürst August's v. Sachsen §. 1572 ff. Leipz. 1857. S. 124 unter 33) geschehen war, — absichtlich abgesehen. — S. Siebenhaar, Commentar zu d. bürgerl. Gesetzbuch für d. Königreich Sachsen, Bd. II. bearbeitet v. Pöschmann, S. 345.

[12] Bei Kraut a. a. O. S. 302. Nr. 11.

Digitized by Google

Verbot in ungemein zahlreichen, theils früheren theils gleichzeitigen Statuten und Ordnungen der verschiedensten Orte und Gegenden, wo deutsches Recht heimisch war, vorkommt,[13] höchst wahrscheinlich, daß in jenem Reichsgesetz den Kriegsleuten nur ein als allgemein bestehend anerkanntes Verbot habe eingeschärft werden wollen.[14] Ein an Dritte, nicht Mitspielende, gerichtetes Verbot, Geld zum Spiele herzuleihen, kann in dem Verbote, auf Borg zu spielen, jedoch überall nicht, oder nur auf höchst gezwungene Weise erblickt werden. Es entstammt dieses Verbot, wohlgemerkt, einer Zeit, wo, so viel ihm gehöriges Geld als er bei sich führte, — „so viel, als er um und an sich hatte,“[15] — auf das Spiel zu setzen oder zu verspielen, Jedem unbedingt gestattet war; nur das Spiel „auf Kreide und Kleider,“[16] mit anderen Worten: das Spiel auf Credit,[17] — sollte unzulässig und männiglich verboten, und keinem Spieler außer auf das, was er an barem Geld gewonnen, ein Anspruch an den Verlierenden zustehen. Etwas Anderes oder Mehreres besagt, näher hingesehen, namentlich auch die von Wilda für die Lehrmeinung, welcher er huldiget, mit angeführte Stelle der Würtemberger Landes-Ordnung v. 1495. S. CCX. des Abdrucks v. J. 1585): nicht, wenn daselbst gesagt wird:

[13] S. die Nachweise darüber bei Wilda a. a. O. S. 162—169. und bei Gengler, a. a. O. S. 736. Vergl. auch Kraut, a. a. O. S. 302. Nr. 12 und Nr. 13.

[14] Die Meinungen sind freilich auch hierüber getheilt. Vergl. Gebr. Overbeck, Meditationen über verschied. Rechtsmaterien Bd. IX. Medit. 472. S. 235 v. Berg, jurist. Beobachtungen Bd. II. S. 251. Phillips a. a. O. S. 505. Note 10. Sintenis, a. a. O. p. 734. Note 1. Siehe aber Gebr. Overbeck a. a. O. Bd. III. Medit. 160. S. 222. Wilda, a. a. O. S. 163. Gengler, a. a. O. S. 736. Gerber, a. a. O. §. 193. Not. 5. Mittermaier, a. a. O. §. 298. Not. 12. Heimbach, a. a. O. S. 408.

[15] Wilda, a. a. O. S. 151 ff.

[16] Gengler, a. a. O. S. 729.

[17] So drückt sich z. B. die Magdeburger Polizei-Ordn. Tit. 54, §. 3. (bei Kraut, a. a. O. S. 302. Nr. 13) gerade zu aus.

Digitized by Google

> insond (soll) was auff Borgender erspilt oder auff Spiel geliehen würdt, kein Gericht darauff erkennen, auch (sollen) die Amptleute hieraus keine Bezahlung gestatten."

So gewiß nun ein Spieler, welcher ihm von einem am Spiele selbst in keiner Weise sich betheiligenden Dritten zum Spiele dargeliehenes Geld zum Spiele bringt und seinen Spielverlust damit berichtiget, gegen baar, nicht aber auf Credit gespielt hat, so wenig fällt hier das von solch einem Dritten mit dem Spieler eingegangene Darlehensgeschäft auch nur entfernt unter den Begriff, der nach Obigem mit dem Spielen auf Borg verbunden ward. Der von Wilda unternommene Beweis wird folglich schwerlich als erbracht angesehen werden dürfen.

§. 3.

Wenden wir uns, dem deutschen Rechte für einige Augenblicke den Rücken zukehrend, zum römischen Rechte, so ist auch in Justinians Rechtsbuch allerdings keine specielle Vorschrift über das Spiel-Anlehen aufzufinden, am wenigsten ein Gesetz, welches ausdrücklich dem Darleiher von Geld zum Spiele das Klagrecht abspräche. Darüber sind auch alle Rechtslehrer einverstanden. Dagegen hat man von jeher eine Anzahl von römischen Gesetzstellen namhaft zu machen gewußt, aus welchen implicite die Nichtklagbarkeit des wissentlich zu jenem Behufe gemachten Darlehens erhellen sollte. Mehrere darunter gewiß ohne allen genügenden Grund. Namentlich gilt dieß von L. 7. D. de Lege Pompeja de paricid. 48, 9.[18]

> „Si sciente creditore ad scelus committendum pecunia sit subadministrata, ut puta, ad veneni mali comparationem, vel etiam, ut latronibus adgressoribusque daretur, qui patrem interficerent, paricidii poena tenebitur, qui quaesiverit pecuniam, quique eorum ita crediderint, aut a quo ita caverunt".

[18] Diese Stelle führen gleichwohl Weber a. a. O., Glück, a. a. O. S. 33. Not. 45. und selbst Thibaut, a. a. O. vergl. mit Froben im Commentar zu Thibaut's Pandekten-Recht als entscheidende an.

Digitized by Google

Ganz davon abgesehen, daß hier davon, ob zur Ausführung eines Verbrechens dargebotenes Geld vom Empfänger wieder erstattet zu werden brauche oder nicht, überall nicht die Rede ist, wird wohl Niemand im Ernste Den, der ein, wenn schon verbotenes, Spiel spielt, mit dem Vater- oder Verwandtenmörder auf eine Linie gestellt, und Den, der Geld zu einem dergleichen Spiele vorstreckt, mit dem nehmlichen Maße wie Denjenigen, der Geld zum Ankaufe von Gift zu dem Morde hergibt, gemessen wissen wollen. Tragen ja doch die Spielverbote als solche gemeinhin keineswegs einen criminalstrafrechtlichen Charakter, sondern ein rein polizeiliches Gepräge, und so wenig man beispielsweise den Träger eines Kleidungsstückes, welches zu tragen ihm nach der bestehenden Kleiderordnung nicht gestattet war, der Verpflichtung zur Heimzahlung des mit Vorwissen des Darleihers zu dessen Ankauf verwendeten Geldes, vermag er sich desfalls nicht auf eine bestimmte gesetzliche Vorschrift zu berufen, überhoben wird erachten dürfen, eben so wenig knüpft sich an das Spiel-Darlehen schon von selbst eine in den Gesetzen nicht ausdrücklich vorgesehene ähnliche Wirkung. — Nicht besser als mit L. 7 cit. steht es mit L. 12. §. 11. D. mandati 17, 1.

> „Si adolescens luxoriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem: quia simile est, quasi perdituro pecuniam credideris".

obschon auch Wilda diese — übrigens augenscheinlich corrumpirte[19] — Stelle als beweiskräftig anzusehen geneigt ist. In ihrer Decisive handelt sie von einem noch minderjährigen Wüstling, unterstellt einen minorennen[20] Mandanten. Was man hier aus ihr abzuleiten versucht hat, würde also, wie schon von Pfeiffer[21] bemerkt worden ist,

[19] S. Glück, a. a. O. Thl. XV. S. 256 ff.

[20] Denn unter adolescens verstanden die Römer einen „pubes, nondum annorum XXV. Factus," L. 11. §. 2. L. 41. 43. 49. D. de minorib. 4, 4.

[21] In seinen practischen Ausführungen Thl. IV. S. 77.

Digitized by Google

höchstens blos beiläufig, in einer blos enunciativen Aeußerung, und nur vergleichungsweise darin enthalten sein; denn der Ausdruck perditurus bezeichnet keineswegs etwa einen mit Verlust bedrohten Spieler, sondern ganz allgemein einen Verschwender[22]. — Anders jedoch verhält es sich mit L. 2. §. 1. D. quarum rer. actio non datur 44, 5.

> „Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re convenior, exceptione summovebitur emptor",

bringt man diese Stelle, wie es geboten erscheint, in Verbindung mit L. 19, §. 4. D. de probationib. 22, 3.

> „— — si judicatae rei vel juris jurandi conditio delata dicatur de eo, quod nunc petitur, sive in alea gestum esse contendatur, eum implere probationes oportet".

Des Anlehens zum Spiele geschieht allerdings auch in keiner von diesen beiden Stellen eine wörtliche Erwähnung. Insbesondere redet Paulus in L. 2. §. 1. cit. blos von einem beim Spiel geschlossenen Kaufvertrage, und sagt weiter blos, daß bei solch' einem Kaufvertrage die Verpflichtung des Verkäufers zur Evictionsleistung hinwegfalle. Ein so vereinzelt dastehender singulärer Rechtssatz aus dem Munde eines römischen Juristen müßte aber auffallen, hinge er nicht mit einer allgemeineren Rechtsregel zusammen, aus welcher er abzuleiten wäre und folgerichtig abfließt. Diese Regel ist von Ulpian in L. 19. §. 4. cit. verb. Sive in alea gestum esse contendatur deutlich angezeigt. Jedem, der mit einer Klage aus einem Rechtsgeschäft belangt wird, welches bei Gelegenheit des Spieles und dieses Spiel fördernd abgeschlossen wird, steht, — wie Ulpian sagt, — gestützt auf diese Thatsache, deren Beweis ihm natürlich obliegt, eine Einrede zur Seite. In den Bereich solcher Rechtsgeschäfte fällt aber zuverlässig auch das Darlehen zu verbotenem Spiel, insofern dadurch der Darleiher, möge er sich zu eigenem Gewinn oder Verlust mit daran betheiligen oder nicht, dem Darlehnsempfänger Mittel und

[22] L. 24. §. 4. D. de minorib L. 73. §. 1. D. de jure dotium. 23, 3. L. 22. §. 1. D. sol. matrimonio 24, 3.

Digitized by Google

Anreiz zu dem Spiele giebt. Zu dem und bei dem Spiele, — in alea, wie die angeführten beiden Fragmente sich ausdrücken, und ut ludam, wie Paulus in L. 2. §. 1. cit. betont, — muß das Geschäft gemacht, der Handel geschlossen, — das Darlehen gegeben worden sein, soll von jener Einrede Gebrauch gemacht werden können, — was denn auch einfach durch die sehr richtige, noch heute durch die tägliche Erfahrung bestätigte, Erkenntniß unserer beiden Juristen sich erklärt, daß bei jedem Spieler, zumal dem, der blos um des dadurch zu machenden Gewinnes halber, oder um erlittene Spielverluste augenblicklich auszugleichen spielt, bei dem Spiele und während des Spieles selbst die Leidenschaftlichkeit, womit dasselbe getrieben wird, und die Neigung zu unbesonnener Wagniß immer mehr rege zu werden und zuletzt bis zum Höhepunkte sich zu steigern pflegen. Und — merkwürdig genug, — kommen auch im älteren deutschen Rechte in Betreff des Spiel-Darlehens im Wesentlichen hiermit übereinstimmende Satzungen vor. So in der Ueberlinger Ordnung des Spitalgerichts uf dem land (aus dem 15. Jahrhundert)[23] welche im §. 13 verb.

„Item, wer entlechnet über spil, oder wer über spiel lichet, ist die pen 3 ß. D."

nur bei dem Spiele und während des Spieles Geld darzuleihen, oder anzuleihen verbietet[24]; und ebenso in der Memmingener revid. Zuchtordnung (aus dem Anfange des 18. Jahrhunderts) Tit. XIV. §. 3. verb.

„daferne auf Borg gespielt oder von einem Mitspielenden oder andern dabei gesessenen wissentlich Geld in das Spiel hergeliehen worden, so solle

[23] Grimm, gesammelte Weisthümer, Thl. V. (herausgegeb. unter von Maurers Oberleitung, v. Schröder) S. 214 ff.

[24] Daß §. 13 cit. nicht von Spielen auf Credit handelt, zeigt §. 14. welcher lautet: „Item, wer och dings spilat, oder uf pfand and uf zil, glüpt oder aid, oder wer uf pfand licht, and entlehnet anders dann bar geld uf dem Tisch, ans an das ander, ist die pen 3 ß."

dergleichen Schuld-Forderung an sich null und nichtig sein und darauf nicht gesprochen werden",

deren gesperrt hier abgedruckte Worte wohl ohne Zweifel auf ein während des Spieles gemachtes Spiel-Darlehen hinweisen, während Wilda[25] dieser Stelle freilich einen anderen Sinn, nemlich den unterlegt, als wäre darin von jedem, wenn auch nicht beim Spiele selbst eingegangenen, Spiel-Geld-darlehen die Rede.

Nein! — einen Darlehensempfänger, der das Darlehen nicht bei Gelegenheit des Spieles, um weiter zu spielen und das empfangene Geld auf das Spiel zu setzen, erhielt, schützt die vorhin erwähnte Einrede nicht gegen den Anspruch des Darleihers auf Zurückzahlung, sollte dem Darleiher gleich noch so bestimmte Kenntniß davon beigewohnt haben, daß das von ihm hergeliehene Geld zum Spiele werde verwendet werden. Dem gegenüber wird dann aber auch die, obwohl schon von Uzo[26] aufgestellte und hin und wieder von der Praxis[27], namentlich auch von der sächsischen[28] Praxis, beifällig aufgenommene Meinung, als ob nur das von dem einen Mitspielenden dem anderen hergeliehene Geld nicht zurückerstattet zu werden brauche[29], keine Billigung verdienen, und noch weniger die gleichfalls von Einigen[30] vertheidigte Ansicht, als ob der Empfänger des Darlehens zur Zurückzahlung nur dann nicht gehalten wäre, wenn ihm das von einem Mitspielenden vorgestreckte Geld vom Darleiher selbst beim Spiele abgewonnen worden sei. Ich wenigstens vermag dafür in den Gesetzen nirgends einen festen Anhaltepunkt zu finden. Endlich hat

[25] a. a. O. S. 191. Not. 2.

[26] in Summa C. de aleatorib.

[27] S. Gebr. Overbeck, a. a. O. Bd. II. Medit. 95. S. 215.

[28] S. Colerus, Deciones Germaniae Lps. 1615 Part. I. dec. CLXXIII. p. 477. auch das Erkenntniß der Regierung zu Weimar v. J 1849 Emminghaus, Pandekten des gemein. Sächs. Rcht. S. 596. Nr. 15.

[29] Voet, Commentar. ad Pandectas. Tom. II. Lib. XI. tit. V. §. 5.

[30] z. B. Hofacker, Principia jur. Romano-Germanici, c. Gmelin, Tom. III. §. 2070. S. auch Windscheid, a. a. O. §. 420. Not. 7.

Digitized by Google

man auch wohl behauptet[31], nur der Besitzer des Hauses, in welchem das verbotene Spiel getrieben worden, habe falls er Geld zum Spiele hergeliehen keinen Anspruch auf dessen Wiedererstattung. Bei der Vertheidigung dieser Ansicht berief man sich auf eine aus L. 1. D. de aleatorib. herbeigezogene Analogie. Allein diese Stelle gehört wie schon gesagt, zu denjenigen römischen Gesetzen über das Spiel, welche als unseren Sitten und Rechtsvorstellungen schlechterdings widerstrebend, von der deutschen Praxis entschieden zu perhorresciren sind[31a].

§. 4.

Anzunehmen, es müßten in der hier zur Frage stehenden Beziehung beim erlaubten Spiele die nämlichen Grundsätze gelten wie bei dem nicht erlaubten, dürfte man sich um deswillen versucht fühlen, weil, — wenigstens nach der herkömmlichen, und auch von Wilda[32] vertretenen Lehrmeinung, — auch der bei einem nicht verbotenen Spiele erzielte aber nicht ausgefolgte Gewinn keinen im Klagwege verfolgbaren Anspruch gewähre. Diese schon an und für sich selbst nicht unbedenkliche Folgerung erweiset sich jedoch überhaupt als unrichtig, sobald man sich die Quelle vergegenwärtiget, aus welcher der Rechtssatz abfließt, nach welchem der Klage aus einem Darlehen zum Spiele mit der mehrerwähnten Einrede zu begegnen steht, und sodann weiter erwäget, was für Spiele diese Quelle im Auge hatte und ob der Begriff dieser Spiele auf die heutigen Tages erlaubten Spiele anwendbar zu erachten sei. Jene Quelle ist, wie gezeigt wurde, für das gemeine Recht allerdings das römische. Das römische Recht aber stellt den gedachten Rechtssatz bei den Spielen auf, welche es unter den

[31] So de Ajala Commentar. in Titul. Digestor. et Codic. de aleatorib. (in Otto, Thesaur. Tom. IV. pag. 1002.)

[31a] S. die gewiß sehr richtige Bemerkung von Sintenis, a. a. O. Note 5. a. E.

[32] a. a. O. S. 180 ff. S. dagegen Windscheid a. a. O. §. 419. bei Note 7.

Digitized by Google

Ausdruck alea zusammenfaßt, bei welchem ein Unterschied von erlaubten und unerlaubten Spielen in keiner Weise hervortritt. Alle Spiele um Geld, mit alleiniger Ausnahme derer, welche zur Uebung des Muthes und der körperlichen Gewandtheit dienen, — wie wohl auch selbst bei diesen in der Höhe des Einsatzes eine Schranke gezogen war, — galten bei den Römern für Anstoß erregend, und die daraus herrührenden Forderungen des Rechtsschutzes bar[33]. Anders bei uns, wo gemeinrechtlich Spiele, die sich innerhalb der Grenze einer geselligen Unterhaltung halten und nicht aus Gewinnsucht, auch nicht um Geldsummen, welche die Vermögensverhältnisse der Spielenden überbieten, betrieben werden, keineswegs für unsittlich oder unerlaubt zu betrachten sind[34]. Zu erlaubten Spielen durch Geldvorschüsse dazu Mittel, Antrieb und Anreiz zu geben muß demnach gleichmäßig gestattet sein, und es ist daher kein Grund abzusehen, warum die Zurückerstattung eines bei uns zu solch einem Spiele erlangten Darlehens rechtlich sollte verweigert werden können.

[33] c. 3. C. de aleatorib. 3, 43.

[34] Wilda, a. a. O. S. 166 ff. S. 193 oben. Gengler, a. a. O. S. 732. Windscheid, a. a. O. §. 419. S. 177. unter 2.

Digitized by Google

II.

Der Geld-Umsatz.

Von Herrn Obergerichtsanwalt Dr. Ladenburg in Mannheim.

Das Verkehrsbedürfniß führt zu allen Zeiten und unter allen Völkern zu einem Umsatz oder Tausch von Geld gegen Geld. Dieses kann in dreierlei Weisen vor sich gehen,

1) indem eine Münze gegen eine andere z. B. Goldmünzen gegen Silber, ausländische gegen inländische Münzen gewechselt werden. In der Sprache des Mittelalters wurde dieses Geschäft cambium minutum genannt,

2) indem an einem Ort Geld gegeben wird, um an einem andern Geld zu empfangen z. B. wenn Waaren aus der Ferne bezogen, und dort bezahlt werden sollen. Dieses Geschäft wurde in der Sprache des Mittelalters cambium per literas genannt, weil Briefe (Anweisungen) zum Zweck der Empfangnahme des Geldes an entfernten Orten gegeben wurden.

3) Man kann aber auch Geld geben, um beliebig, je nach Bedürfniß darüber verfügen zu können, (depositum irregulare); oder man kann Geld geben, das der Andere nach bestimmter Zeit mit oder ohne Zinsen zurückzuzahlen verspricht (Darlehen); endlich gehört auch der Credit in laufender Rechnung hieher, wenn nämlich Jemand einem Andern auf dessen jedesmaliges Begehren Vorschüsse bis zum Belauf einer gewissen Summe zu machen verspricht, auf welche der Creditnehmer beliebige Zahlungen machen kann.

Digitized by Google

Diejenigen, welche sich mit dergleichen Geschäften befassen, wurden im Mittelalter campsores, Wechsler genannt; in neuerer Zeit ist der französische Ausdruck banquiers üblicher geworden, von denen jedoch die changeurs unterschieden werden, welche sich nur mit dem Umwechseln von Münzen oder Papiergeld befassen. Alle genannten Geschäfte haben einen Geldumsatz zum Gegenstand, indem Geld gegen Geld gegeben wird, entweder Zug um Zug, einfacher Geldtausch, oder gegen das Versprechen, Geld zu einer andern Zeit oder an einem andern Ort zu geben, wobei natürlich Combinationen aus beiden nicht ausgeschlossen sind, zumal die Rückzahlung des an dem Einem Ort hingegebenen Geldes an einem andern Ort nothwendiger Weise eine gewisse Zeit erfordert, einestheils um die nöthigen Anstalten zur Bewirkung der Zahlung zu treffen, anderntheils um diese an dem entfernten Ort in Empfang nehmen zu können. Es versteht sich von selbst, daß die Summe, welche an einem entfernten Ort für die hingegebene bezahlt werden soll, eine andere, gewöhnlich niedrigere ist als die hingegebene, weil derjenige, welcher die Zahlung bewirken soll, für seine Bemühung belohnt werden muß, ihm aber außerdem noch Ausgaben erwachsen, wenn er sich der Vermittlung eines Dritten, der an jenem Orte wohnt, bedienen will. Allerdings liegt für ihn ein Vortheil darin, daß er das erhaltene Geld bis zur Zeit der Auszahlung gebrauchen kann, so daß unter Umständen dieser Vortheil zur Ausgleichung der anzusprechenden Belohnung für die Mühewaltung dienen kann. Der Wechselkurs ist der Maßstab für dergleichen Umsätze; dieser ist höher oder niederer, je nachdem die Auszahlung früher oder später (kurze oder lange Sicht) erfolgen soll. Wenn an dem Orte der Auszahlung andere Münzen cursiren, als an dem Orte, an welchem das Geschäft geschlossen wird, so muß eine Umrechnung der Einen Münzsorte in die andere erfolgen, wofür ebenfalls die Kursnotirung den Maßstab bildet. In diesem Fall kann das Geschäft als eine Umwechslung der Einen Münzsorte in die andere mithin als cambium angesehen werden,

Digitized by Google

daher die Definition permutatio pecuniae absentis pro praesenti ſich von ſelbſt erklärt. Dieſes Geſchäft bietet darum ein beſonderes Intereſſe, weil die Entſtehung des Wechſels daraus hergeleitet wird. So ſagt z. B. Raphael de Turri. Disp. I. Qu. 3. Nr. 2: Cum enim commerciorum, bellorum, ac peregrinationum frequentia saepius exigeret, ut quis necessario egeret pecunia in loco dissito ab illo ubi eam habebat, cujus transportatio vel propter inimicorum latronumve intercedentium rapacitatem erat suspecta vel propter maris inconstantiam infida vel per legem vetita, hinc ad bonum praedictae transportationis consequendum adinventa est commutatio pecuniae absentis cum praesenti. Man findet die betreffende Stelle bei Biener wechſelrechtliche Abhandlungen S. 69, wo dieſer gelehrte Forſcher in einer Note beifügt, daß die theologiſchen Schriftſteller den Gewinn aus dem Wechſelgeſchäft in Rückſicht auf die Gefahren des Geldtransports genehmigt, d. h. nicht als unerlaubten Zins angeſehen haben. In der That waren die Schwierigkeiten und Gefahren des Geldtransports im Mittelalter ſehr groß. Die Straßen waren unſicher, nicht allein durch Räuber, ſondern auch durch wegelagernde Ritter, welche es für kein Verbrechen erachteten, die zur Meſſe ziehenden Kaufleute zu überfallen, wovon uns Göthe in ſeinem Götz von Berlichingen ein anſchauliches Bild giebt. Auf den Meſſen ſtrömten Kaufleute von nah und fern zuſammen, der Waaren-Umſatz war nach allen geſchichtlichen Nachrichten ungeheuer groß. Die Käufer mußten am Ort der Meſſe Geld haben, um zahlen zu können; die Verkäufer, welche für ihre Waaren Geld einnahmen, mußten dieſes in ihre Heimath verbringen. Für Käufer und Verkäufer war daher dasſelbe Bedürfniß der Verbringung des Geldes von einem Ort zum andern vorhanden. Wenn aber dieſe mit Gefahren und Schwierigkeiten aller Art verbunden war, ſo mußte man auf Mittel denken, denſelben zu begegnen. Hier boten ſich die campsores als Vermittler, wie dieſes Biener mit großer Genauigkeit nachweiſt. Dieſe ſtanden unter einander in Geſchäftsverbindung oder hatten auch ihre

eigenen Häuser an verschiedenen Orten, so daß sie durch diese diejenigen Summen, welche ihnen an Einem Ort gegeben wurden, an dem andern auszahlen lassen konnten. Auch gingen sie häufig selbst nach den Messen, wo sie entweder vermöge des Credits, den sie genossen, diejenigen Summen erhoben und auszahlten, welche sie in der Heimath erhalten hatten, oder auch von den Verkäufern ihres Heimathlandes deren Erlöse erhielten und dadurch in den Stand gesetzt wurden, ihrerseits die nöthigen Auszahlungen zu machen. Da auf den Messen die campsores aus allen Weltgegenden zusammentrafen, so bot sich ihnen Gelegenheit, unter einander wegen aller Zahlungen, welche Einer für den Andern in der Zwischenzeit geleistet hatte, abzurechnen, und es begreift sich deshalb, warum damals die Wechsel meist zahlbar auf der Messe gestellt wurden. Auf diese Art wurde es möglich, den Umsatz der größten Summen schließlich mit einem verhältnißmäßig kleinen Saldo auszugleichen und daher die Schwierigkeiten und Gefahren des Geldtransports zu vermeiden. Bemerkenswerth ist, daß dergleichen Abrechnungen auch heute noch in den großen Emporien des Handels z. B. in London und New-York stattfinden, wo die Vertreter der Banken in dem clearing-house zusammen kommen, die zu zahlenden Tratten einander präsentiren, und wenn sie in Ordnung gehen, einander ausfolgen, die ausgefolgten Tratten gegen einander berechnen und schließlich den Saldo ziehen, den Einer dem Andern zu zahlen hat. Dieser wird entweder mittels Baar-Zahlung oder mittels Anweisung auf eine Bank ausgeglichen, oder wo zwei Banken mit einander in Rechnung stehen, belastet beziehungsweise gutgeschrieben. In derselben Weise fand im 13., 14., 15. und 16. Jahrhundert des Scontriren auf den Messen statt, worüber das Nähere bei Biener l. c. S. 36 u. f. zu finden ist. Wenn wir nun berücksichtigen, daß in jener Zeit der Waarenhandel sich meist in den Messen concentrirte, daß die Käufer, welche zur Messe kamen, dort Geld brauchten, um die angekauften Waaren zu zahlen, daß nicht minder die Verkäufer für ihre

Digitized by Google

zur Messe gebrachten Waaren Geld einnahmen, das sie wegen der Gefahren des Transports oder auch weil die eingenommenen Geldsorten in ihrer Heimath nicht kursirten, nicht mit sich nehmen mochten, so lagen schon in diesen Umständen vielfache Motive für den Geldtausch vor. In welcher Rechtsform konnte aber dieser Geldtausch bewirkt werden? Die einfachste, welche sich ohne weiteres Nachdenken darbot, war das Zahlungsversprechen, indem der Empfänger des Geldes dem Geber versprach, den ausmachenden Betrag in der entsprechenden Münzsorte zur übereingekommenen Zeit an dem verabredeten Orte auszuzahlen.

Diese Form konnte aber nur dann anwendbar sein, wenn der Aussteller des Zahlungsversprechens voraussetzen konnte, er werde an dem Orte der Auszahlung zur Zeit, da diese erfolgen sollte, persönlich anwesend sein; wofern aber dies nicht der Fall war, mußte eine andere Form gefunden werden. Dazu bot sich der Zahlungsauftrag als das geeignetste Mittel dar. Der Geldempfänger beauftragte einen Andern, der an dem Orte wohnte, wo die Zahlung zu geschehen hatte, diese für seine Rechnung zu leisten. Durch diese Hereinziehung eines Dritten wurde das Verhältniß schon verwickelter. Derjenige, welcher das Geld zahlen sollte, hatte kein Geld empfangen, war daher zur Zahlung nicht verbunden — er zahlte nur, wenn er wollte, wenn er demjenigen, für dessen Rechnung er zahlen sollte, Vertrauen schenkte d. h. wenn er die Meinung hatte, dieser werde ihm den Betrag seiner Auslagen wieder ersetzen und ihm außerdem eine entsprechende Belohnung für seine Mühewaltung zahlen. Diese Belohnung mußte der Auftraggeber dem Geldgeber in Rechnung bringen, weshalb die auszuzahlende Summe in der Regel kleiner war, als die dafür gegebene, wenn nicht etwa der bis zum Tag der Auszahlung verstattete Gebrauch der hingegebenen Summe als Aequivalent jener Belohnung betrachtet wurde. Der Zahlungsauftrag wurde, wie wir aus den von Biener und Kuntze mitgetheilten Beispielen ersehen, in Briefen (literae) gegeben, woraus sich mit der Zeit die Form der

Digitized by Google

Anweisung entwickelte. — Aber diese genügte dem Bedürfniß nur dann, wenn der Geldgeber die angewiesene Summe selbst erheben wollte; — wie aber, wenn er verhindert war oder wenn er aus irgend einem Grund wünschte, daß ein Anderer das Geld erhebe, wenn er z. B. Waaren aus einem entfernten Ort bezog und dem Verkäufer Zahlung leisten wollte, oder wenn sein Sohn eine entfernte Universität besuchte und er ihn mittels der Anweisung in den Stand setzen wollte, dort Geld erheben zu können. In solchen Fällen pflegte man die Anweisung zu Gunsten dessen, der das Geld erheben sollte, des Präsentanten, auszustellen, gleichwohl aber in der Urkunde auszudrücken, von wem das Geld gegeben wurde. Der Grund hiefür mag schon darin gefunden werden, daß der Geldgeber dadurch den ihm vielleicht nothwendigen Beweis erlangte, daß der Präsentant den zu erhebenden Betrag indirekt durch ihn erhalten hatte, und sich daher aufrechnen lassen mußte. Diese Aufrechnung oder Abrechnung fand statt

1) zwischen dem Geldgeber und dem Aussteller der Urkunde über die Summe, welche Jener für die angewiesene Summe zu zahlen hatte,
2) zwischen dem Geldgeber und dem Präsentanten über die Summe, für welche Jener die angewiesene Summe an diesen überließ,
3) zwischen dem Aussteller der Urkunde und dem Angewiesenen über die Summe, welche Jener an diesen für die Einlösung der angewiesenen Summe zu vergüten hatte.

Die Urkunde, welche den Geldumsatz unter den verschiedenen Personen vermittelte, erhielt den Namen cambium, Wechsel, wenn sie auch die Form der Anweisung hatte. Der Unterschied zwischen der assignatio und dem cambium mochte darin gefunden werden, daß, wenn auch beide Urkunden dieselbe äußere Form hatten und wenn auch der Nehmer mittels beider die angewiesene Summe bei dem Angewiesenen für Rechnung des Ausstellers erheben konnte, bei dem cambium

Digitized by Google

ein Geldumsatz unterstellt, mithin angenommen wurde, der Nehmer habe für das cambium Geld gegeben, das er bei dem Angewiesenen (Bezogenen) wieder empfangen sollte, während bei der Anweisung eine solche Unterstellung nicht stattfand. Die ältesten Beispiele des cambium bei Biener und Kuntze lassen einen solchen Geldumsatz deutlich erkennen, indem sie die Summe angeben, welche der Aussteller für die ausgestellte Urkunde empfangen hatte; bekanntlich hat Biener noch in der neuesten Zeit diese Angabe in dem Wechsel für wesentlich gehalten und das französische Wechselrecht steht heute noch auf diesem Standpunkt. Auf diesem Grundgedanken des Geldtauschs beruhte auch die Ansicht der Alten, daß die Valuta nur in Geld, also z. B. nicht in Waaren bestehen könne. Beide Ansichten sind bekanntlich verlassen worden, der Gegenwerth für den Wechsel kann in Geld oder Waaren bestehen; nach der deutschen Wechsel-Ordnung ist auch die Gültigkeit des Wechsels nicht davon abhängig, daß in demselben der Empfang des Gegenwerths (der Valuta) bescheinigt ist, vielmehr hat der Wechsel stets dieselbe Rechtsfolge, mag ein Gegenwerth dafür gegeben sein oder nicht.

Man kann daher sagen, die Wechselverbindlichkeit ist unabhängig von der causa d. h. von der Gegenleistung, man kann sie eine formale oder formelle nennen, weil diese Eigenthümlichkeit eine Folge der gebrauchten Form ist; man kann sie mit der Verbindlichkeit, welche aus der römischen stipulatio entsteht, auf Eine Linie stellen, und die Klage, mittels deren die Wechselverbindlichkeit geltend gemacht wird, der actio ex stipulatu vergleichen. Sowie zur Begründung dieser Klage mehr nicht nothwendig ist, als die Behauptung, der Verklagte habe die Verbindlichkeit mittels der stipulatio übernommen, so kann aus dem Wechsel geklagt werden, indem mehr nicht zur Begründung der Klage gegen den Hauptschuldner (Aussteller des eigenen Wechsels) nothwendig ist, als die Behauptung, der Verklagte habe den Wechsel unterschrieben. Bei dem gezogenen Wechsel haftet der Aussteller nur eventuell, nemlich

Digitized by Google

wenn der Bezogene nicht zahlt und dieser Umstand, zur rechten Zeit durch eine öffentliche Urkunde (Protest) festgestellt wurde, weshalb zur Begründung der Klage gegen den Aussteller des gezogenen Wechsels außer der Behauptung, daß der Beklagte den Wechsel unterschrieben habe, auch noch die weitere Behauptung gehört, daß der Bezogene nicht bezahlt habe und zur rechten Zeit Protest erhoben worden sei. Deshalb kann man sagen, der gezogene Wechsel enthalte ein eventuelles Zahlungsversprechen des Ausstellers, indem dieser zur Zahlung verbunden ist, wenn der Bezogene nicht zahlt, und dieser Umstand zur rechten Zeit durch eine öffentliche Urkunde dargethan ist. Der eigene und der gezogene Wechsel enthalten somit Zahlungsversprechen, welche als Gegenleistung für eine bereits erhaltene Vorleistung gedacht werden können, gleichwohl aber auch als Vorleistung, für eine zu erwartende Gegenleistung nicht selten vorkommen, z. B. wenn der Creditgeber dem Creditnehmer Wechsel ausstellt oder girirt, oder wenn der Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis ganz oder theilweise in Wechsel im Voraus zahlt. Immer ist aber die Wechselverbindlichkeit unabhängig von der Gegenleistung, wenn sie auch im einzelnen Fall in Folge eines zweiseitigen Vertrags übernommen wurde. Daher ist die Wechselverbindlichkeit eine streng einseitige, deren Geltendmachung durchaus von keiner andern Voraussetzung abhängt; eben darum eignet sie sich auch besonders für den Umlauf. Allerdings ist diese Eigenschaft des Wechsels nicht alsbald erkannt worden, vielmehr verging eine geraume Zeit, bis das Indossament in Gebrauch kam. Biener l. c. S. 121. sagt, vor dem 17. Jahrhundert sei keine Spur von Indossirung der Wechsel gefunden worden. Da aber auch schon früher das Bedürfniß vorhanden war, Wechsel durch eine im Context desselben nicht genannte Person erheben zu lassen, so bediente man sich, wie Biener l. c. anführt, der Vollmacht, um diesen Zweck zu erreichen. Nach Savary seien sogar notarielle Vollmachten hiezu erforderlich gewesen. Sehr natürlich daher, daß man auf Auskunfts-

Digitized by Google

mittel bedacht war; die Verbindung der Vollmacht mit dem Wechsel, indem man sie auf die Rückseite desselben, jedoch wegen des geringen Raums in möglichst abgekürzten Worten schrieb, war offenbar ein ebenso sinnreicher als praktischer Gedanke, der vielleicht in Italien entstanden, in Frankreich sehr rasche Verbreitung fand. Dem Bedürfniß war aber dadurch noch nicht vollständig Genüge geleistet, wenn der Indossatar nur Bevollmächtigster des Indossanten war; es kam darauf an, ihm ein selbstständiges Recht zu verschaffen, d. h. ihn so zu stellen, daß er vom Widerruf der Vollmacht des Indossanten unabhängig war. Dieser Zweck wurde dadurch erreicht, daß man Wechsel an Ordre stellte, wodurch ausgedrückt werden sollte, daß der Aussteller sich nicht allein dem Nehmer sondern auch Jedem, an welchen dieser seine Rechte übertrug, verbindlich machte. Nach Biener l. c. S. 123 war dieser Gedanke vorbereitet durch die viel ältern Inhaber-Papiere, indem von Dünker, Kuntze und einigen Andern nachgewiesen worden sei, daß der Gebrauch der Inhaber-Papiere weit zurück ins Mittelalter reiche, während die erste Spur eines Ordrewechsels sich erst in einem Neapolitanischen Gesetz vom Jahr 1607 finde. In Frankreich finden sich Beispiele von Inhaberpapieren aus dem 14. und 15. Jahrhundert und die billets au porteur scheinen in allgemeiner Uebung gewesen zu sein. Die wiederholten Verbote derselben in den Jahren 1604, 1611, 1624 und 1650 scheinen in Frankreich zu dem Gebrauch des Indossaments geführt zu haben, indem man neben dem Namen des ersten Nehmers statt Inhaber (portator, porteur) Ordre setzte und damit andeutete, daß die Zahlung nicht allein an den ersten Nehmer, sondern auch an denjenigen mit vollständiger Sicherheit geleistet werden konnte, zu dessen Gunsten dieser verfügte (o chi ordinera). Das Nähere darüber findet man bei Biener S. 124—137 und bei den dort angeführten Schriftstellern. Die Ordre-Papiere sind hiernach den Inhaber-Papieren nachgebildet, das Wort Ordre soll die Indossirbarkeit bedeuten und war daher sakramentell d. h. es wurde für

Digitized by Google

ein wesentliches Requisit des Wechsels gehalten, und gilt heute noch im französischen Recht dafür; die eigenen Wechsel heißen in Frankreich billets à ordre.

Nachdem die Wechsel einmal diese Ausbildung erlangt hatten, konnte der Geldumsatz nicht allein durch Ausstellung, sondern auch durch Indossirung derselben bewirkt werden, indem der Indossant, welcher vom Indossatar Geld empfing, sich diesem ganz ebenso wie der Aussteller verbindlich machte, daß der Wechselbetrag am Verfalltag werde bezahlt werden und daher wenn dieses Versprechen nicht erfüllt wurde, unter den nämlichen Voraussetzungen wie der Aussteller in Anspruch genommen werden konnte. Man mußte sehr bald bemerken, daß der Wechsel durch das Indossament eine größere Sicherheit erlangte, weil jeder Indossant neben dem Aussteller für die Zahlung haftete. Die häufigen Verbote des Indossirens überhaupt oder des mehrfachen Indossirens blieben daher vollständig unbeachtet, und der Handelsstand setzte schließlich die Anerkennung des Indossaments durch die Gesetzgebung durch. Wir haben nun allerdings in der Ausstellung und Indossirung des Wechsels einseitige Versprechen, d. h. solche, in welchen sich nur der Eine Theil zu einer Leistung verbindlich macht; wir dürfen aber nicht außer Acht lassen, daß der Grund dieser Verbindlichkeits-Uebernahme (die causa) entweder in einer bereits erfolgten Leistung des andern Theils oder wenigstens in einem Leistungsversprechen desselben liegt, so daß wir in der Ausstellung und Indossirung eines Wechsels meist nur die Eine Seite eines zweiseitigen Vertrags, der aber absichtlich in zwei von einander unabhängige Leistungen oder Leistungsversprechen zerlegt ist, vor uns haben. Dieser zweiseitige Vertrag ist aber, wie die alten Juristen ganz richtig erkannt haben, meist ein Geldumsatz, oder Geldtausch: Man giebt z. B. Geld an einem Orte, um an einem andern Orte Geld empfangen zu können, (remise) oder man verspricht Geld, das man heute erhält, nach bestimmter Zeit zurückzuerstatten, oder man wechselt Geld des Einen Staats gegen Geld eines andern u. s. w.

Digitized by Google

Man kann vielleicht den ältern Juriſten den Vorwurf machen, daß ſie allzu ängſtlich an dieſem Gedanken des Geldumſatzes zu einer Zeit noch feſtgehalten haben, als der Handelsſtand ſich des Wechſels auch zu andern Zwecken z. B. zu Waaren-Zahlungen bediente; gleichwohl möchten ſie damit entſchuldigt werden können, daß in dieſen Fällen nicht eine eigentliche Zahlung geleiſtet, ſondern eine beſtehende Schuld in eine andere umgewandelt (novirt), mithin ebenfalls ein Geldumſatz bewirkt wird, indem der Schuldner mittels Ausſtellung oder Indoſſirung eines Wechſels an die Ordre des Gläubigers dieſem das Verſprechen leiſtet, der Bezogene (oder der Ausſteller des eigenen Wechſels) werde am Verfalltag die Zahlung leiſten. Nebenbei ſei hier bemerkt, daß die neuern Juriſten, welche von der Betrachtung des Wechſels als Zahlungsmittel ausgehend, ihn für Papiergeld halten, ſich ſchon deshalb im Irrthum befinden, weil mittels Hingabe eines Wechſels eine eigentliche Zahlung nicht geleiſtet wird, da die Annahme des hingegebenen Wechſels „an Zahlungsſtatt" durchaus von dem Belieben des Gläubigers abhängt. Kein Gericht wird annehmen, daß der Schuldner, welcher zur Zahlung irgend einer Summe rechtskräftig verurtheilt iſt, dem Urtheil durch Hingabe eines Wechſels an den Gläubiger genügen kann; durch ein ſolches Anerbieten würde die Vollſtreckung des Urtheils ſicher nicht aufgehalten werden, wohl aber durch Anerbieten der betreffenden Summe in ſolchem Papiergeld, das in dem Lande, deſſen Gerichte das Urtheil erlaſſen haben, als geſetzliches Zahlungsmittel gilt. Wenn man daher auch häufig ſich des Ausdrucks bedient, Wechſel ſeien das gewöhnliche Zahlungsmittel der Kaufleute, ſo kann dieſer Ausdruck nur inſoweit für zutreffend erkannt werden, als durch Ausſtellung, Indoſſirung oder Acceptirung eines Wechſels eine beſtehende Schuld ebenſo wie durch Zahlung getilgt, dagegen eine neue Schuld übernommen, mithin nicht gezahlt, ſondern novirt wird. In ſolchen Fällen findet allerdings kein ſinnlich wahrnehmbarer Geldtauſch ſtatt, es wird aber für die geſchuldete Summe

Digitized by Google

ein neues Zahlungsversprechen gegeben. Zerlegt man dieses Geschäft in seine einzelnen Theile, so ergiebt sich, daß eigentlich zwei Geschäfte abgeschlossen werden: Erstens der Schuldner kömmt mit seinem Gläubiger überein, ihm einen Wechsel auszustellen, zu indossiren oder zu acceptiren, wofür der Gläubiger den übereingekommenen Betrag an den Schuldner zahlen müßte; zweitens wird verabredet, daß dieser Betrag nicht vom Gläubiger an den Schuldner bezahlt, sondern zur Tilgung der bestehenden Verbindlichkeit verwendet wird. So geschieht auch die Buchung unter Kaufleuten. Der gegebene Wechsel wird dem Geber von dem Nehmer in dem Betrag, über welchen beide Theile übereingekommen sind oder sofern kein Uebereinkommen desfalls stattgefunden hat, nach dem Tageskurs gutgeschrieben. Durch diese Gutschrift wird die ältere Schuld in den Büchern des Gläubigers ausgeglichen. Nun können zwei Fälle eintreten: Der hingegebene Wechsel wird bei Verfall bezahlt; dann ist das neue Zahlungsversprechen getilgt — oder er wird nicht bezahlt, dann kann der Wechsel-Inhaber, sei dieser nun der frühere Gläubiger oder ein Anderer den Rückgriff auf der frühern Schuldner nehmen; Dieser wird in diesem Fall aus dem in dem Wechsel enthaltenen Zahlungsversprechen (nicht aus der frühern Schuld) in Anspruch genommen; — es kann aber auch vorkommen, daß der Wechsel-Inhaber mit Uebergehung des frühern Schuldners den Rückgriff auf dessen Vormann nimmt; in diesem Fall kann noch weniger von der frühern Schuld die Rede sein. Daraus ergiebt sich, daß mit Unrecht behauptet wird, die frühere Schuld, für welche ein Wechsel gegeben wird, lebe wieder auf, wenn der Wechsel nicht bezahlt wird. Ohnedies kann auch der Fall vorkommen, daß der Protest versäumt wird, und dadurch der Rückgriff überhaupt verloren geht. Der Wechsel-Inhaber kann dann nur noch gegen den Aussteller wegen Bereicherung oder gegen den Acceptanten aus dem Accept klagen. Ist nun der frühere Schuldner weder Aussteller noch Acceptant, sondern Indossant, so findet gegen ihn überhaupt kein Rückgriff statt.

Digitized by Google

Ist er aber Acceptant, so kann er aus dem Accept, aber nicht aus der frühern Schuld belangt werden; ist er Aussteller gewesen, so muß ihm die Bereicherung nachgewiesen werden. Diese liegt nur darin, daß er den Gegenwerth für den Wechsel durch Tilgung seiner ältern Schuld empfangen hat. Wenn man aber annimmt, die ältere Schuld sei nicht getilgt, vielmehr hafte er seinem frühern Gläubiger aus derselben, so wäre er nicht bereichert und könnte daher von dem Wechsel-Inhaber nicht in Anspruch genommen werden. Deshalb bin ich immer noch der Meinung, daß wofern die Parthieen nicht etwas Anderes verabredet haben, durch das Ausstellen, Indossiren oder Acceptiren eines Wechsels für eine ältere Schuld diese getilgt und eine neue Schuld an deren Stelle constituirt wird.

Es kann für diese Ansicht noch ein anderer Grund geltend gemacht werden: Wenn auch die ältere Theorie des Geldtauschs bei dem Wechsel verlassen ist, so muß doch heute der Gedanke des Werthtauschs an dessen Stelle treten; denn, wie wir oben schon gesehen haben, bildet das Ausstellen, Indossiren, Acceptiren eines Wechsels nur Eine Seite eines zweiseitigen Vertrags — die andere Seite bildet das Uebereinkommen wegen Vergütung des Werths (der Valuta). Diese beiden Geschäfte zusammen geben uns erst das richtige Bild dessen, was unter den Contrahenten verabredet wurde. Aber diese beiden Geschäfte sind nicht wie bei dem Kauf, der Miethe u. s. w. durch ein synallagmatisches Band zusammengehalten, vielmehr sind sie zwei einzelne, für sich bestehende Geschäfte. Jedes der beiden bildet nur die causa des andern Geschäfts. Nun aber hat der Wechsel die Eigenthümlichkeit, daß die causa bei demselben unterstellt, d. h. daß angenommen wird, der Aussteller, Indossant, Acceptant habe den Gegenwerth empfangen, wie dies z. B. in dem Art. 117 des code de commerce ausdrücklich hervorgehoben wird. Damit soll allerdings mehr nicht ausgedrückt werden, als der Aussteller, Indossant, Acceptant eines Wechsels hafte geradeso, als wenn er den

Digitized by Google

Werth empfangen hätte. Welchen Werth erhält aber derjenige, welcher einen Wechsel für eine bestehende Schuld ausstellt, indossirt oder acceptirt? Keinen andern, als die Tilgung eben dieser Schuld. Er haftet nicht mehr aus dieser, dagegen aus seinem Wechsel-Versprechen.

Derselbe Fall tritt ein, wenn Jemand ein Inhaberpapier für eine bestehende Schuld giebt, wenn z. B. eine Gesellschaft oder eine Corporation ihrem Gläubiger für den Betrag ihrer Schuld Inhaber-Papiere ausstellt. Allerdings wird ein solcher Fall kaum anders vorkommen, als in der Weise, daß unter beiden Theilen der Kurs (Preis) der Inhaber-Papiere festgestellt und daraufhin abgerechnet wird, in welchem Fall die alte Schuld mittels der Abrechnung getilgt wird. Eine solche Abrechnung oder mindestens Berechnung wird aber auch bei der Begebung eines Wechsels schwerlich je vermißt werden, indem der Kurs, mindestens der Diskonto unter den Contrahenten festgestellt werden muß. In allen solchen Fällen findet, wenn auch nicht ein Geld- doch ein Werth-Umsatz statt, und es zeigt sich auch hier, daß der Verkehr überhaupt auf einem Austausch von Werth gegen Werth beruht, daß daher, wenn auch im Verkehr noch so viele Urkunden über einseitige Versprechen vorkommen, solche doch immer nur gegen andere Werthe gegeben werden.

Digitized by Google

III.

Ueber nova emergentia
mit Rücksicht auf Aussprüche Großherzoglich Hessischer Gerichtshöfe.

Von Herrn Landgerichts-Assessor W. Heinzerling in Zwingenberg.

§. 1.

Vorbemerkung.

Die Lehre von den nova emergentia gehört nicht zu den vollkommen geklärten. Die einschlägigen Gesetzesstellen sind dürftig und die Doctrin begnügt sich mit einigen gelegentlichen Andeutungen[1]. Gleichwohl gehören die Fälle, wo in einem Rechtsstreit ein erst im Laufe der Verhandlungen erwachsener Stoff zur Geltung gebracht werden soll, nicht zu den Seltenheiten, und wenn dann einerseits der Practiker die Mangelhaftigkeit der Gesetze und der Doctrin lebhaft empfindet, so darf es andererseits nicht Wunder nehmen, wenn Widersprüche in der Rechtsprechung der einzelnen Gerichtshöfe hervortreten.

Dieser Zustand mag es rechtfertigen, wenn der nachstehende Aufsatz sich mit der fraglichen Materie etwas näher

[1] Diese finden sich regelmäßig beim Kapitel von der Präclusivkraft des Exceptionaltermins und wohl auch bei Aufführung der in der Executionsinstanz noch zulässigen Einreden. Wetzell, System des ord. Proz. 2 Aufl. § 49 Note 69; §. 47 Note 121; §. 53 Note 12; Renaud, ord. Proz. S. 185 und 186. 217. 234 §. 200; Bayer, Vorträge 8 Aufl. §. 198 (S. 625) auch §. 340 S. 1126; Linde, Lehrb. des Proz. 7 Aufl. §. 203 Note 12 und §. 376 Note 2; Heffter, System des Proz. §. 362; Martin, 13. Aufl. §. 97. 170; Gensler, Commentar zu Martin (ed. Guyet) zu §. 99. 160 u. 161; Grolmann, Theorie d. ger. Verf. §. 183. 184; Gönner, Handbuch des Proz. Bd. II. Abth. 33 §. 10. 11.

Digitized by Google

befaßt[2], zumal die gerade jetzt auf dem Prozeßgebiet thätigen Gesetzgebungsorgane vielleicht nicht ganz mit Unrecht auf die insofern bestehenden Zweifel hingewiesen werden, um diese durch sachentsprechende ausdrückliche Bestimmungen für die Zukunft abzuschneiden.

§. 2.

Die prozessualischen Präclusionsmomente beziehen sich nicht auf Material, welches erst nach denselben entstanden ist.

Es liegt eigentlich schon in der Natur der Sache und bedürfte daher auch keiner gesetzlichen Bestätigung, daß ein richterliches Präclusionsmoment, bestehe es nun in einer peremtorischen Frist (Termin), oder einem Urtheile, keine Wirkung äußern könne auf Angriffs- oder Vertheidigungsmaterial, welches erst nach jenem Momente seine Entstehung erlangt hat, weil es geradezu widersinnig sein würde, die Fiction eines Verzichts oder des Ungehorsams auf etwas anzuwenden, was seiner Zeit gar nicht eingebracht werden konnte. In der That findet sich jener Satz aber in den Gesetzen sogar ausdrücklich ausgesprochen. So enthält schon das canonische Recht die Bestimmung, daß neuentstandene dilatorische Einreden von der Präclusivkraft der vorbestimmten Frist nicht getroffen sein sollen[3], und das Reichsrecht, welches (abweichend vom canonischen Recht) auch für peremtorische

[2] Einige Bemerkungen habe ich schon früher niedergelegt: Civilprozeß-Restitution §. 15 Note 2. Auch die gegenwärtige Abhandlung hat übrigens nicht die Absicht, die gesammte Lehre von den nova emergentia in allen ihren Details zu erschöpfen, sondern soll nur die Hauptgesichtspunkte in kurzen Strichen feststellen.

[3] c. 4 X de except. (2. 25): ut infra certum tempus a judice assignandum omnes dilatoriae proponantur ita, quod si partes ex tunc aliquas voluerint opponere, quas non fuerint protestatae, nulla tenus audiantur, nisi forte aliqua de novo sibi competens exorta fuerit, vel is, qui voluerit eam opponere, fidem faciat juramento, se postmodum ad illius notitiam pervenisse. Vgl. übrigens für das röm. Recht auch l. 23 §. 3 D. de cond. indeb. (12. 6) und für das canonische noch die §. 4 Note 30 cit. Stelle und c. 25 X 1. 29; c. 31 X 2. 20.

Digitized by Google

Einreden Präclusivfristen vorbestimmte, hat die desfallsige Vorschrift auch bezüglich dieser Art der Einreden wiederholt[4]. Allerdings sprechen nun diese Gesetzesbestimmungen nur von neuentstandnen Einreden, allein was von Einreden gilt, muß selbstverständlich auch von Repliken (exceptio exceptionis) und Dupliken gelten, und ein Princip, welches im Verfahren des Schriftwechsels als richtig anerkannt ist, kann unmöglich im Beweisverfahren verlassen werden, sodaß also in letzterer Richtung ein nach Ablauf der Beweisfrist entstandnes Beweismittel[5], oder eine nach der betr. Frist entstandene Beweiseinrede ebenwohl nicht präcludirt erscheinen darf.

Die Doctrin hat denn auch die analoge Anwendbarkeit jener Bestimmungen niemals geradezu widersprochen[6], und so wie einige Rechtslehrer jene Anwendbarkeit sogar im Allgemeinen oder in einzelnen Richtungen ausdrücklich bestätigen[7], so steht

[4] K. G. O. v. 1496 Tit. 12 §. 8: „Ob aber der Antworter ... vor oder gleich nach Befestigung des Kriegs peremtorias fürzuwenden hätte, soll er, soviel er deren hätte, artikulsweise alle in einem Termine und zu einem mal fürwenden, es wäre dann, daß solches, so er in solcher Exception fürzutragen, sich von neuem begeben hätte, oder allererst nachmals ihm zu wissen geworden wäre, das er dann also mit seinem Eid betheuern und erhalten möchte". K. G. O. v. 1500 Tit. 37 §. 1 (wesentlich gleichlautend). K. G. O. v. 1508 Tit. 4 §. 2: „Wo aber der Termin aus ist, da mag er nicht erstrecket werden. Dieses hat nicht statt ... so nach dem gegebnen Termin neue endliche Auszüge vorkommen, oder solches zum Wissen dessen, der excipiren soll, erst kommt, alsdann glaubt man dem Eid des Excipieten". K. G. O. v. 1555 III. 27 §. 2: „Und sollen solche Peremtorialartikul alle in einem Termine und zu einmal sämmtlich mit einander fürgewendet werden: es wäre dann, daß sich nachher etwas von neuem begeben, oder der Partei zu wissen worden wäre und sie solches mit dem Eid betheuern und erhalten möchte". Concept der K. G. O. v. 1613 III. 30. 1. (gleichlautend wie die vorige Stelle).

[5] Z. B. ein vom Gegner nach Ablauf der Beweisfrist geschriebner, ein außergerichtliches Geständniß enthaltender Brief.

[6] Vgl. sämmtliche bei §. 1 Note 1 angezogne Rechtslehrer.

[7] z. B. Renaud a. a. O. §. 79 S. 185: „solche Rechts- und Beweismittel"; §. 209 Note 20: „neuer Rechtsbehelfe"; Wetzell a. a. O. §. 53 Note 12 in Bezug auf neu entstandne Urkunden. — Ueber die neu entstandne Replik der Erfüllung gegenüber der exc. non ad impl. contr. vgl. Seuff. Archiv. VIII. 31.

Digitized by Google

auch — in richtiger Auslegung der heſſiſchen Prozeßordnung[8] — die Praxis der heſſiſchen Gerichte damit im Einklang[9].

§. 3.

Ende der Befugniß der Parthie das neuentſtandne Material auf Grund der neuen Entſtehung einzubringen.

Die Befugniß der Parthie, neuentſtandnes Material auf Grund des im vorigen § feſtgeſtellten Princips im ferneren Laufe des Prozeſſes einzubringen, kann ſelbſtverſtändlich nicht in infinitum andauern. Denkt man ſich den Rechtsſtreit bereits durch Definitivurtheil rechtskräftig entſchieden, ſo folgt ſchon aus der Natur des Endurtheils als eines die Streitſache unwiderruflich ſchlichtenden und zugleich ein beſtimmtes neues privatrechtliches Verhältniß begründenden Moments, daß alle vor demſelben zur Exiſtenz gelangt geweſenen Thatſachen und Beweismittel, einerlei ob ſchon vor dem Rechtsſtreit oder im Lauf deſſelben entſtanden, endgültig conſumirt reſp. dergeſtalt präcludirt erſcheinen, daß mit ihnen nunmehr anders nicht, als im Wege der außerordentlichen Rechtsmittel (insbeſondere der Reſtitution) aufgekommen werden kann, eine Conſequenz, die denn auch vom römiſchen Recht ausdrücklich anerkannt[10] und von angeſehenen Rechtslehrern[11] hervorgehoben iſt. Es fragt ſich

[8] Von 1724 Thl. I. Tit. III. §. 3: „jedoch ohne Präcluſion derer etwa erſt hernach entſtehender".

[9] Vgl. die Rechtsfälle §. 5 Note 35, §. 6 Note 41, §. 6 Note 44 und die Motivirung der Entſcheidung des O.-A.-Gs. in D. in S. Caroline Müller gegen ihren Ehemann in Darmſtadt vom 11. Dezember 1846, (mitgetheilt Beleg 2 meiner Civilprozeßreſtitution), auch Seuffert Arch. XX. 138 (In einer Eheſcheidungsſache hatte der Ehemann die Schmähungen ꝛc. der Frau auch während des Prozeſſes fortgeſetzt. Es wurde dies als ein neu emergirtes Beweismittel angeſehen und berückſichtigt).

[10] l. 23 § 3 D de cond. indeb. (12. 6); danach ſoll ein während des Prozeſſes, aber doch vor dem Urtheil abgeſchloſſner Vergleich nach dem Urtheil mit Wirkſamkeit als Einrede nicht vorgeſchützt werden können. Vgl. auch l. 4 §. 3, 4, 7, 8. l. 7 D. de re jud. (42. 1).

[11] Wetzell a. a. O. §. 47 Note 121: „welche erſt nach dem Urtheil

aber, ob diese soeben erörterte Präclusionskraft des Endurtheils auf dieses letztere zu beschränken, oder ob dieselbe nicht vielmehr schon gewissen Interlocuten in Ansehung des vor ihnen neu entstandnen Materials beizumessen sei? Diese Frage bedarf wegen ihrer Wichtigkeit einer etwas eingehenderen Betrachtung.

Sieht man bei Prüfung derselben auf das römische Recht, so können, wie von vornherein klar, die desfallsigen Gesetzesstellen keinerlei Anhaltspunkte geben, da dieses Recht der Rechtskraft fähige Interlocute sowenig, als Fristen für das Streit- und resp. Beweismaterial kannte, vielmehr das gesammte Streitverhältniß erst durch das Endurtheil zum Abschluß brachte[12], und Gleiches gilt wesentlich von dem canonischen Recht[13]. Erst das Reichsrecht und resp. der durch die Praxis gebildete heutige Prozeß mit seiner Durchbildung der die Rechtskraft beschreitenden Interlocute hat die Veranlassung zu jener Frage gegeben, und sowie die Entstehung derselben in jenem Recht und resp. Prozeßrecht, so kann auch die Lösung nur aus ihnen und den damit im Zusammenhang stehenden Principien erfolgen.

---

und somit der obligatio ex causa judicati gegenüber entstanden sind"; Renaud a. a. O. §. 221: „die Einrede der Erfüllung des Judicats oder eine sonstige, den Judicatsspruch als erloschen darstellende Einwendung". — Was die Praxis des O.-A.-Gs. in D. betrifft, so ist mir kein Fall bekannt geworden, wo dieses Colleg von dem obigen Grundsatz abgewichen wäre. Dagegen erwähnt Bopp, Nachträge zur hessischen Civil-Prozeß-Ordnung S. 401, einer Rechtsprechung des Hofgerichts in Darmstadt, wonach letzteres die Einrede der Zahlung auch noch in der Executionsinstanz zulasse, wenn solche nach der Litiscontestation entstanden sei. Da eine Rubrik nicht angegeben ist, so wird sich diese Angabe wohl auf Hof.-Gs.-Präj. 77 beziehen. Vgl. auch Linde Lehrb. §. 376 Note 2.

[12] Wetzell a. a. O. §. 51. 67; Arch. f. pr. R.-W. N. F. Bd. II. S. 206. — Für das röm R. waren besondre Vorschriften über das während des Prozesses emergirte Material umsoweniger geboten, als noch in der Appellationsinstanz neuer Stoff im ausgedehntesten Maße eingebracht werden konnte. Wetzell a. a. O. §. 56 Note 74.

[13] Arch. f. pr. R.-W. a. a. O.

Digitized by Google

Der heutige Prozeß führt das Streitverhältniß in bestimmten sich aus einander entwickelnden Prozeßstadien, welche von jeweiligen Zwischenurtheilen gefolgt sind, seiner endlichen Erledigung zu. Die betreffenden Interlocute umfassen das gerade vorliegende Stadium mit den gesammten darin verhandelten Streitpunkten und bringen zugleich durch ihre Fähigkeit, die Rechtskraft zu beschreiten, jenes Stadium wahrhaft definitiv und resp. dergestalt zum Abschluß, daß die Entscheidung qu. für das Endurtheil unbedingt maßgebend ist. Schon diese Natur der Interlocute weist mit Nothwendigkeit darauf hin, diese letzteren in Ansehung ihrer Präclusivkraft dem Endurtheile in dem Maße gleichzustellen, daß, sowie das letztere das Gesammtverhältniß definitiv erledigt, das Interlocut das ihm gerade unterworfene Stück des Streitverhältnisses mit allen ihrer rechtlichen Natur nach in das betreffende Stadium gehörigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln endgiltig abschließt[14].

Es läßt sich aber diese präclusorische Kraft der Interlocute sogar aus dem Geiste des Reichsrechts noch besonders nachweisen. Denn wenn der bekannte Gemeinbescheid des Reichskammergerichts vom 7. Juli 1669 (vgl. mit G. B. v. 7. Juli 1671)[15] bestimmt, daß nach erlassenem Urtheil neues Vorbringen im Wege der Restitution nur dann solle eingebracht werden können, wenn zuvor eidlich erhärtet werde, daß man von jenem Vorbringen vor dem Urtheil keine Kenntniß gehabt, oder (wenn man solche gehabt) doch dasselbe zur Sache dienlich nicht vermeint habe, so ist damit zugleich der Gedanke klar ausgesprochen, daß die Parthie mit solchem Einbringen nicht mehr zugelassen werden solle, welches ihr von dem Urtheil bereits bekannt und dessen Dienlichkeit ihr bewußt war, und wenn dieser Gedanke unzweifelhaft solche

[14] Vgl. namentlich auch Wetzell a. a. O. §. 56 Note 93.

[15] Beide abgedruckt in Gönners Handb. III. Abth. 66 §. 4 und 5 S. 493—497.

Digitized by Google

nova reperta, welche ſchon vor dem Urtheil aufgefunden waren, ausſchließt, ſo würde es geradezu eine Inconſequenz involviren, wenn man ihn nicht auch auf ſolche nova emergentia anwenden wollte, welche dem Imploranten ſchon vor dem Urtheil zur Kenntniß gekommen waren und von ihm dienlich erachtet wurden[16]. Der Gemeinbeſcheid von 1669 unterſcheidet nun aber bekanntlich durchaus nicht zwiſchen Endurtheilen und Zwiſchenerkenntniſſen[17], es müſſen daher jene Principien unzweifelhaft auch bezüglich der letzteren gelten[18].

Die erörterte Präcluſivkraft der Interlocute iſt aber in unſerer Lehre in 2 Richtungen von beſonderer Bedeutung:

1) das Beweisinterlocut ſchließt den status causae et controversiae dergeſtalt ab, daß Einreden, Repliken, Dupliken, welche ſchon vor demſelben

---

[16] Der Grad der culpa — und auf dieſem Moment beruht denn doch der Ausſchluß der dem Imploranten vor dem Urtheil bekannten und von ihm dienlich erachteten nova — bleibt ſich in beiden Fällen völlig gleich. Wenn das Geſetz den Imploranten zwingt, ein vor dem Urtheil erfahrnes novum repertum auch ſchon vor dem Urtheil einzubringen und dadurch die Läſion durch das Urtheil zu vermeiden, warum ſoll nicht auch ein vor dem Urtheil bekanntes novum emergens vor letzterem eingebracht werden müſſen? Der Heſſiſche Reſtitutionseid der VO. v. 12. April 1806, welcher das „Nichtdienlich erachten" ſtreicht und dafür die „Unmöglichkeit der Herbeiſchaffung" ſetzt, läßt den Gedanken des G. B. v. 1669 noch ſchärfer hervortreten und fordert dadurch umſomehr zu einer Gleichſtellung der nova emergentia mit den nova reperta auf.

[17] Wetzell a. a. O. §. 53 S 629.

[18] Daß bezüglich der nova reperta die Interlokute in der hier fraglichen Beziehung dem Endurtheile gleichſtehen, iſt in der Rechtſprechung des O.-A.-Gs. in D. nicht bezweifelt. Vgl. inſofern namentlich die Relationen in S. Weber gegen Plitt und Breidenbach Erben gegen Kugler Erben, mitgetheilt Beleg 20 u. 21 meiner Civilproceßreſtitution. Die Präcluſionskraft der Interlocute wird auch in ganz analogen Fällen anerkannt, ſo z. B. in Anſehung des dreitägigen Proteſtationsrechts der Parthie bei irrigem thatſächlichen Vorbringen der öffentlichen Advokaten. Vgl. Arch. f. pr. R.-W. N. F. Bd. II. S. 206, und meine Abhandlung daſelbſt: Ueber den Schutz der Parthieen gegen nachtheilige thatſächliche Anführungen der öffentlichen Anwälte, N. F. Bd. IV. S. 167 ff.

Digitized by Google

emergirt waren, nach demſelben einzig und allein im Wege der Reſtitution geltend gemacht werden können; und Gleiches gilt

2) von dem über das Reſultat der Beweisführung ſprechenden Erkenntniſſe in Anſehung der vorher neu-emergirten Beweismittel und Beweiseinreden.

Der erſtere Satz iſt übrigens nicht unbeſtritten. Mit überzeugenden Gründen wird derſelbe vertheidigt von Plank Lehre vom Beweisurtheil S. 342—343 und 346.

Ein höchſter Gerichtshof[19] iſt dagegen in einer Entſcheidung davon ausgegangen, „daß das Beweisurtheil keineswegs ſchon durch ſein bloßes Daſein jede Vermehrung oder Verminderung des thatſächlichen Stoffs, reſp. die Geltendmachung neu entſtandner oder neu erfahrner Einreden formell ausſchließe, denn es folge aus der Bedeutung des Beweisurtheils, inſofern es das zur Beibringung des thatſächlichen Stoffes beſtimmte Verfahren abſchließe, keineswegs eine weitere präcluſiviſche Wirkung, als die, welche ſchon den dieſem Urtheile vorangegangenen peremtoriſchen Terminen beiwohne, und ebenſowenig laſſe ſich in dem Falle beigefügter eventueller Definitive aus dem Inhalt deſſelben als eines bedingten Enderkenntniſſes ableiten, da es auch hiernach nur geeignet erſcheine, Rechtskraft zu bilden über die rechtlichen Folgen des im erſten Verfahren wirklich beigebrachten Stoffes, nicht aber über deren Unabänderlichkeit ſelbſt bei hinzutretendem neuem Stoffe". Dieſe Auffaſſung, welche insbeſondere den Ausführungen Planks entgegengeſtellt und namentlich auch dadurch zu unterſtützen geſucht wird, „daß nicht blos alle Prozeſſualiſten bei der Lehre von den Einreden die neu entſtandnen und neu erfahrnen, unter Bezugnahme auf die Beſtimmungen des canoniſchen Rechts und der Reichsgeſetze, ganz allgemein ohne alle Einſchränkung von der Präcluſion ausnähmen[20], ſondern

[19] Das O.-A.-G. in Lübeck, Seuffert Archiv Bd. VIII. Nr. 104.

[20] Bezugnahme auf Grolmann, Theorie §. 172; Martin, Lehrb. §. 97, 170; Linde, Lehrb. §. 203 a. E.; Bayer Vortr. (ed. 7) S. 362; Heffter, Syſtem §. 362.

auch keiner von ihnen in der Lehre vom Beweisurtheile diesem die von Plank vindicirte Wirkung beilege, während ältere Prozessualisten und Practiker es sogar ausdrücklich bemerkten, daß neu entstandne und entdeckte Einreden noch in der Beweisinstanz geltend gemacht werden dürften“[21], möchte indessen kaum zu billigen sein. Denn daß dem Beweisurtheil auch abgesehen von den vorher präfigirten Fristen eine selbstständige Präclusivkraft innewohne, wird sofort klar, wenn man sich Fälle denkt, wo (ausnahmsweise) Fristen nicht vorbestimmt waren, und nun versucht werden wollte, auch nach erlassnem Beweisurtheil noch beliebige Einreden, Repliken u. s. w. vorzutragen[22], und der Satz, daß das Beweisurtheil nur Rechtskraft bilde über das wirklich beigebrachte Material, würde, wenn er richtig wäre, doch wohl auf alle Urtheile, also namentlich auch auf das Endurtheil angewendet werden müssen, sodaß also der Prozeß niemals einen wahrhaft sicheren Abschluß gegen neues Material erhielte. In diesem Sinne wird denn auch das Beweisurtheil von den neueren Rechtslehrern keineswegs aufgefaßt, und wenn sie auch nicht alle ausdrücklich der präclusivischen Kraft dieses Urtheils gerade bezüglich der vorher emergirten Einreden Erwähnung thun, so stimmen sie doch darin überein, daß das fragl. Interlocut ein bedingtes Endurtheil sei, und daß nach dessen eingetretner Rechtskraft der

---

[21] Bezug wird genommen auf Wernher, Observ. for. P. I. obs. 247; Brunnemann, proc. civ. c. 16 Nr. 9; Seyfart, Reichsproz. C. 8 §. 6.

[22] Die Fälle, wo für die einzelnen Handlungen des ersten Verfahrens peremtorische Fristen nicht vorbestimmt waren, sind zwar selten; immerhin kommen sie aber vor. Lassen zwei, lediglich zum Vergleich geladene Partheien, nach Scheitern des letzteren, sofort das ganze Streitverhältniß protokolliren, und ergeht sodann Beweisurtheil, so kann von einer präclusivischen Kraft von Fristen selbstverständlich nicht die Rede sein, und doch wird Niemand hieraus die Befugniß der Partheien herleiten wollen, den Stoff des ersten Verfahrens durch beliebige Einreden, Repliken vermehren zu dürfen. Aehnlich ist es, wenn z. B. die Exceptionalfrist offen gehalten war und der Beklagte sodann ohne Fristbestimmung abzuwarten gehandelt, der Richter aber die Schrift sofort ad replicandum mitgetheilt hat u. s. w.

Digitized by Google

Richter (von einer etwaigen Restitution abgesehen) lediglich noch mit der Frage befaßt sei, ob der auferlegte Beweis erbracht sei, oder nicht, eine Auffassung, die schon an sich jene präclusive Kraft involvirt[23]. Am wenigsten können aber die Lehrer des Reichsrechts für jene Ansicht angerufen werden, weil dieses Recht ein der Rechtskraft fähiges Beweisinterlocut im heutigen Sinne gar nicht kannte[24], und also nach diesem Recht neu entstandne Einreden u. s. w. selbstverständlich auch noch in der Beweisinstanz eingebracht werden konnten[25]. Mit Recht haben daher neuere Schriftsteller, Langenbeck Beweisführung S. 218 ꝛc., Renaud a. a. O. §. 209 Note 20., nach dem Vorgange von Plank, die Präclusivnatur des Beweisinterlocuts ausdrücklich hervorgehoben.

§. 4.

Bedarf es zur Präclusion des vor dem Urtheil neu entstandnen Stoffs der Rechtskraft des Urtheils, oder genügt schon der Erlaß? Nova emergentia in der Appellationsinstanz.

Wäre es richtig, daß ein Urtheil erst durch das Eintreten der Rechtskraft juristische Existenz erlangte, so würden nova emergentia bis zu diesem Eintritt sowohl in erster, als in der Appellationsinstanz in demselben Maße unbeschränkt zugelassen werden müssen, wie vor dem Erlasse. Erwägt man aber, daß dem Urtheil durch seine Natur, wonach es das betr. Stadium in seiner Gesammtheit abschließen soll, sowie seine Unwiderruflichkeit, offenbar eine selbstständige recht-

[23] Wetzell a. a. O. §. 71; Bayer a. a. O. §. 230. 232; Linde a. a. O §. 245 insbesondere Note 14 und 21.

[24] Wetzell a. a. O §. 70 Note 32.

[25] Gleiches galt natürlich auch bezüglich der neu aufgefundenen Einreden unter Voraussetzung der eidlichen Bescheinigung, daß man dieselben während der Exceptionalfrist nicht gekannt habe. Nach dem heutigen Prozeß bedarf es nach erlassnem Beweisinterlocut der Restitution nach dem Gemeinen Bescheid vom 7. Juli 1669, also der Beeidigung, daß man die Einrede vor dem Urtheil nicht gekannt habe. Vgl. Note 16 u. 18.

Digitized by Google

liche Existenz und Wirksamkeit innewohnt, und daß das decendium nur die Bedeutung hat, den Partheien das Ergreifen ordentlicher Rechtsmittel frei zu stellen[26], so muß damit jene Ansicht und die daraus gezogene Consequenz sofort verworfen und, in Anerkennung selbstständiger Präclusivkraft des Urtheilserlasses, der Satz aufgestellt werden, daß die vorher neuentstandenen Angriffs- und Vertheidigungsmittel nach dem Erlasse in erster Instanz nur im Wege förmlicher Restitution[27], in der Appellationsinstanz aber — von einer mit der Appellation zu verbindenden Restitution abgesehen — nur etwa noch mittelst des beneficium novorum geltend gemacht werden können. Diese Auffassung steht denn auch im vollständigen Einklang mit den insofern den nova reperta gewährten Behandlung[28], und nicht minder läßt sich auch hier die Ana-

[26] Das erlassene Urtheil ist vollstreckbar unter der Voraussetzung, daß in höherer Instanz keine Abänderung erlangt werden kann. Die Gesetze kennen eine andere Anfechtung eines Urtheils, als durch die (ordentlichen und außerordentlichen) Rechtsmittel nicht und dieser Umstand entscheidet, da der in §. 2 behandelte Grundsatz jedenfalls auf ein der Entstehung des neuen Stoffs gefolgtes richterliches Präclusivmoment nicht angewendet werden darf, allein schon gegen die in andrer Art zu bewirkende Zulassung eines vorher entstandnen Stoffs.

[27] Dazu führt namentlich auch die folgende Erwägung: Gegenüber einem rechtskräftigen Endurtheile können Seitens des Beklagten in der Executionsinstanz nur solche Einreden vorgebracht werden, welche nach dem Urtheil entstanden sind. Wollte man nun dem Umstande, daß eine schon vorher entstandne Einrede innerhalb des decendiums vorgebracht wird, die Wirkung der Zulässigkeit dieser Einrede beilegen, so würde dem decendium damit die Natur einer letzten Frist zur Beibringung des vorher etwa neu emergirten Stoffs beigemessen, was aber um so weniger zu billigen ist, als die Vorschützung einer neu emergirten Einrede an sich den Eintritt der Rechtskraft und folgeweise die Execution nicht hindern kann. Wäre das hier bekämpfte Princip richtig, so müßte es auch in Ansehung einer neu emergirten Replik gegenüber einem absolutorischen Erkenntnisse richtig sein (d. h. das Urtheil ohne Restitution außer Kraft gesetzt und resp. geändert werden können), was doch Niemand behaupten wird.

[28] Der G. B. v. 7. Juli 1669 spricht nur von dem Erlaß des Urtheils, resp. der Eid lautet dahin, daß man vorher (vor dem Urtheil)

Digitized by Google

logie der Präclusivwirkung des Urtheilserlasses gegenüber dem dreitägigen Berichtigungsrecht der Parthie in Bezug auf irrthümliche thatsächliche Angaben der öffentlichen Anwälte anführen[29]. — Die in erster und resp. in der Appellationsinstanz geltend zu machende Restitution steht unter den Principien der Restitution überhaupt, wie denn auch bezüglich des beneficium novorum lediglich die desfallsigen Grundsätze anwendbar erscheinen[30].

keine Wissenschaft gehabt ꝛc., daß also hier dem Urtheil an sich schon Präclusivwirkung beigemessen ist, ist klar und ist die Nothwendigkeit förmlicher Restitution gegen Urth it m. W. nie bestritten worden.

[29] Vgl. Arch. f. pr. R. W. N. F. Bd. IV. S. 177 u. 178.

[30] Es kann hier nicht die Absicht sein, zu erörtern, inwieweit das beneficium novorum die Zulässigkeit neu emergirter Einreden u. s. w. begründe. Es sei daher nur das Folgende bemerkt: Im römischen Prozeß erledigte sich die Frage über das Einbringen von nova emergentia in der Appellationsinstanz einfach dadurch, daß damals die Appellation eine förmliche Erneuerung des Judiciums zur Prüfung der materiellen Gerechtigkeit des Rechtsspruchs war, wobei also nova ohne Beschränkung eingebracht werden konnten (Wetzell System §. 56 Note 73 und 74 u. Bethmann Hollweg Civilprozeß Bd. II. §. 116 Note 37. 74. 75 Bd. III. §. 160 Note 39. 54. 76.), und wesentlich Gleiches gilt vom canonischen Recht (Wetzell a. a. O. §. 56 Note 75, vgl. jedoch auch o. 4 in IV. 1. 6). Für den Reichs- und heutigen Prozeß ist entscheidend, ob Appellant beeidigen kann, daß er von dem novum in voriger Instanz keine Wissenschaft gehabt habe, oder es nicht habe einbringen können, oder es zur Sache dienlich nicht vermeint habe. — Das O.-A.-G. in Darmstadt hat in dem das beneficium novorum behandelnden Präjudiz Nr. 1 der gedr. Sammlung den Satz ausgesprochen: „daß das Vorbringen neuer Thatumstände und Beweise in appellatorio ohne Ableistung des sonst erforderlichen Appellations- oder Restitutionseides gestattet sein solle, wenn offenbar sei, daß das novum erst nach Ablauf des zerstörlichen Termins zur Kenntniß gelangt wäre oder wohl gar erst später sein Dasein erhalten habe". Da jedoch das benef. nov. nach eben diesem Präjudiz überhaupt nur unter der Voraussetzung einer Beschwerde nach Lage der Acten und überdies wegen neuer Einreden nicht stattfindet, so ist jener Satz nur von sehr untergeordneter practischer Wichtigkeit. Vgl. auch meine Civilproceß-Restitution §. 18 Note 5. — Jedenfalls läßt sich aus jenem Satz kein Rückschluß auf die Zulässigkeit der nova emergentia in der ersten Instanz ziehen, denn daraus, daß solche nova bei Gelegenheit der Appel-

Digitized by Google

Das versteht sich übrigens schon nach dem in § 2 Gesagten von selbst, daß wenn eine Einrede u. s. w. erst während schwebender Rechtskraft entstanden ist, sie unter Voraussetzung des Nachweises dieser ihrer neuen Entstehung ohne Weiteres und zwar sofort in der Appellationsinstanz eingebracht werden kann[31]; ja sogar eingebracht werden muß,

lation etwa ohne Bescheinigung resp. den Restitutionseid sollen eingebracht werden können folgt nicht, daß sie unter gleichen Bedingungen in erster Instanz zulässig sind. Auch nova reperta werden in der Appellationsinstanz anders, als in der ersten Instanz behandelt.

[31] Das Landgericht hatte die Beklagte zum Ehevollzug, unter Vorbehalt eines Einredebeweises, für schuldig erkannt, das Hofgericht in D. aber auf erhobne Appellation die Klage wie angebracht abgewiesen. Nachdem Kläger in höchster Instanz um Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urtheils gebeten und dortselbst die Erkennung der vollen Prozesse erwirkt hatte, machte die Beklagte in ihrer Vernehmlassung als neue Einrede auch geltend, daß erst vor Kurzem, nachdem bereits in zweiter Instanz entschieden gewesen, eine Weibsperson Namens S. zu B. mit einem von dem Kläger erzeugten außerehelichen Kinde niedergekommen sei, wodurch mithin Kläger sein Klagerecht gegen die Beklagte jedenfalls verwirkt habe. Wegen dieses novi mache man hiermit eventuell auch von dem Rechtsmittel der Restitution Gebrauch und erbiete sich, sofern es nach vorwaltenden Umständen (indem sich nämlich das norum erst nach der vorderen Entscheidung zugetragen habe) nicht unnöthig sein sollte, zum Restitutionseid Der Kläger bestritt, daß diese Einrede mit dem Rechtsmittel der Restitution, welches nur auf s. g. exceptiones noviter repertas sich beziehe, eingebracht werden könne; als novum emergens gehöre es aber in die erste Instanz. Das höchste Gericht, anerkennend zwar, daß hier von Restitution nicht die Rede sein könne, sprach die Zulässigkeit der Einrede als neu entstandnen in oberster Instanz aus, indem es, — im Uebrigen das Landgerichtserkenntniß wiederherstellend — der Beklagten alternativ auch den Beweis nachließ, „daß nach bereits erfolgter Hofgerichtsentscheidung eine Weibsperson Namens S. zu B. mit einem von dem Kläger erzeugten unehelichen Kinde niedergekommen sei".

Der Referent des O.-A.-Gs., welchem der Correferent und das Colleg beitraten, hatte insofern wesentlich das Folgende bemerkt:

Es ist zwar richtig, daß die fragliche Einrede nicht in dem Sinne als eine neu aufgefundene angesehen werden kann, wie sie erfordert wird, um ihr auf dem Wege der Restitution Eingang zu verschaffen, indem sie erst im Laufe des Prozesses und nachdem das Gericht zweiter Instanz schon in der Sache erkannt hatte, ihre Entstehung erhalten haben soll, während das

Digitized by Google

wenn nicht mit der Rechtskraft des betreffenden Beweisinterlocuts resp. Endurtheils der (dann nur noch durch durch Restitution zu enkräftende) Ausschluß eintreten soll.

---

remedium restitutionis, wie insbesondere der Inhalt des vorgeschriebenen Restitutionseides lehrt, den nachträglichen Gebrauch solcher Einreden voraussetzt, welche zur Zeit, wo von ihnen gesetzlich Gebrauch gemacht werden mußte, bereits existent und nur dem Excipienten unbekannt waren. Hieraus folgt indessen weiter nichts, als daß das eventuell von der Oberappellatin zur Hand genommene Rechtsmittel der Restitution hier nicht platzgreiflich erscheint. Aus der Natur der Einrede als einer erst neuentstandnen geht, aber deren, auch von dem Oberappellanten nicht bestrittnen, in der Theorie, wie in der Praxis anerkannten Zulässigkeit an sich hervor, und es kommt daher hier nur darauf an, ob eine exceptio noviter emergens nicht in der Lage der Sache und bei demjenigen Gericht geltend gemacht werden dürfe, in welcher und bei dem sich die Sache zur Zeit ihrer Entstehung resp. Entdeckung befindet, und diese Frage scheint mir für den concreten Fall allerdings bejaht werden zu müssen, wenn man erwägt, daß die ganze Sache an das Obergericht devolvirt und dasselbe dadurch ganz an die Stelle des Untergerichts getreten ist, woraus sich mir die Folgerung zu ergeben scheint, daß es den Parthieen gestattet sein müsse, bei dem Obergericht diejenigen Rechtsbehelfe zu Erwirkung einer günstigen Entscheidung zu gebrauchen, mit welcher sie bei dem Untergericht zulässig sein würden, wäre nicht die Sache in die obere Instanz übergegangen. Daß auf solche Weise eine Entscheidung in erster und letzter Instanz erzielt wird, involvirt zwar eine Ausnahme von der Regel. Allein diese Ausnahme wird durch das besondere Verhältniß gerechtfertigt, daß die Einrede erst ihr Entstehen erhalten hat oder erhalten haben soll, als die Sache bereits in die letzte Instanz gediehen war und sie sich hier in der Lage befand, wo es der appellatischen Parthie gestattet war, von allen an sich zulässigen Mitteln Gebrauch zu machen, von welchen sie ein siegreiches Urtheil erwarten zu können vermeint. Das nämliche Verhältniß tritt ein, wenn eine neue Einrede per modum restitutionis in integrum bei dem Obergericht vorgeschützt wird. Auch hier erkennt das Obergericht pro re nata über dieselbe, wenn die Bedingungen, von welchen die Zulässigkeit und Begründung des Rechtsmittels der Restitution abhängt, vorhanden sind, und ich vermag nicht einzusehen, warum nicht dem Obergericht gleiche Befugniß auch in Ansehung der Einrede zustehen sollte, mit welcher der beklagte Theil an sich zulässig ist, ohne daß er nöthig hätte, ihr auf dem Wege der Restitution Eingang zu verschaffen.

Vgl. die Rel. zu den Erkk. des O.-A.-Gs. vom 27. Juni 1837 (wodurch Kläger zur Einlassung auf die Einrede für schuldig erkannt wurde)

Digitized by Google

§. 5.

Fortsetzung.

Das Hofgericht in Darmstadt hat in seiner Rechtsprechung bezüglich der in den beiden vorigen §§ erörterten Fragen das Princip aufgestellt, daß Einreden, welche nach der Litiscontestation erwachsen sind, bis zur rechtskräftigen Definitivsentenz ohne Restitution und zugleich auch ohne Bescheinigung oder Liquidstellung sollen vorgeschützt werden können[32], mit der Beschränkung jedoch, daß wenn die Einrede innerhalb des decendium's vorgeschützt ist und hiernächst die Definitivsentenz die Rechtskraft beschreitet, der Mangel der Liquidstellung die Verwerfung der Einrede zur Folge hat[33]. Diese Rechtsprechung steht in

---

und 9. November desselben Jahres in S. des Erwein Zeiler in Bensheim, Klägers ꝛc. gegen Appollonie ledige Tochter des Barthel Berg von Fehlheim, Beklagte ꝛc., Eheverlöbniß betr.

[32] Nr. 85 der gedruckten Hofgerichtspräjudicien: „Einreden, welche mit der Einlassung auf die Klage nicht vorgeschützt werden konnten, weil sie erst später entstanden sind (exceptiones noviter emergentes), können in dem bereits anhängigen Prozesse, wenn sie vor der rechtskräftigen Definitivsentenz vorgeschützt werden, ohne die für exceptiones noviter repertas vorgeschriebene Bescheinigung resp. Liquidität noch geltend gemacht werden". In dem diesem Präjudiz zu Grund liegenden Rechtsfall (Jösel Meyer zu Schönberg gegen M. S. Bauer zu Frankfurt, Waarenforderung betr., Erk. v. 11. Dec. 1839) war von Seiten des Beklagten gegenüber der Beweisantretung des Klägers behauptet worden, der Proceß sei (in der Beweisinstanz) verglichen worden. Es lag also die Frage, ob das Beweisinterlocut die schon vorher erwachsenen neuen Einreden präcludire, sowenig, wie die in §. 4 erörterte, zur Entscheidung vor. Gleichwohl wurde in pleno jenes Princip festgestellt.

[33] Vgl. Notizenbuch Nr. 81: „Das Hofgerichtspräjudiz Nr. 85 leidet auf den Fall keine Anwendung, wenn die angeblich neu entstandne Einrede erst im Laufe der Nothfrist zur Einwendung eines Rechtsmittels gegen die ergangene Definitivsentenz geltend gemacht wird, und wenn sodann diese Nothfrist verstreicht, ohne daß von einem Rechtsmittel wirklich Gebrauch gemacht wird, weil alsdann die erlassene Definitivsentenz die Rechtskraft wirklich beschreitet und deßhalb der Kläger verlangen kann, daß dieselbe ohne Rücksicht auf eine nicht sofort liquid gestellte, angeblich neu entstandne Einrede

Digitized by Google

unmittelbarem Zusammenhang mit dem bis dahin festgehaltenen Satz, „daß Thatsachen, welche erst nach der Litiscontestation sich ereignet haben, überhaupt zur Begründung der Restitution nicht geeignet seien, indem hierzu nur solche Thatsachen führen könnten, welche schon vorher zur Existenz gelangt gewesen“ [34]. Allein, sowie der letztere Satz von dem Oberappellationsgericht in Darmstadt keineswegs als richtig anerkannt ist [35], so hat sich dieser Gerichtshof in einer vom Plenum abgeurtheilten Sache ausdrücklich dahin ausgesprochen, einmal

daß eine zwar nach der Litiscontestation, aber doch schon vor dem Beweisinterlokut neuemergirte Einrede nach diesem Interlokut nur mittelst förmlicher Restitution eingebracht werden könne; und sodann

---

zur Vollstreckung gebracht werde“. Urtheil in S. Unrath v. Fahrenbach, Bekl. gegen S. Westheimer in Rimbach, Kläger, Forderung betr., v. 12. März 1841. Uebrigens wurde die damals vorgeschützte Einrede des Vergleichs nur wie angebracht abgewiesen und dem Excipienten überlassen, sie durch sofortige Liquidstellung, oder im Wege separater Klage geltend zu machen.

[34] Vgl. Bopp Hess. Proceß-Ord. S. 222 und Not.-B. Hof.-Gs. in D. Nr. 276.

[35] Dem Beklagten war Einredebeweis auferlegt und dieser Beweis hiernächst unter Vorbehalt der Eideszuschiebung für verfehlt erkannt worden. Als nun Beklagter solche Thatsachen, welche sich zwischen dem Beweisinterlocut und dem den Beweis für verfehlt erklärenden Urtheil ereignet hatten, zur Unterstützung seiner Beweisführung geltend machte, erkannte das höchste Gericht die Zulässigkeit und resp. Nothwendigkeit der Restitution an verwarf letztere nur wegen Unerheblichkeit der Thatsachen. Wondra gegen Schnittspahn, 1828. Vgl. außerdem die Motivirung des Rechtsfalls §. 6 Note 41. — Der vom Hofgericht aufgestellte Satz führt auch augenscheinlich öfters zu Härten. Man nehme folgenden Fall: A. aus Bürgschaft belangt, zahlt in Gemäßheit des condemnatorischen Endurtheils, obgleich der Hauptschuldner (ohne Wissen des Bürgen) kurz vor dem Urtheil Hauptschuld, Zinsen und Kosten berichtigt hat. Nach der Zahlung erfährt A die Tilgung durch den Hauptschuldner. Nach der Ansicht des Hofgerichts ist hier Restitution unmöglich, während solche doch zulässig sein würde, wenn der Fall so wäre, daß A nach der Zahlung erfahren hätte, daß der Hauptschuldner schon vor der Litiscontestation die Schuld getilgt habe. In anderer Weise als durch Restitution ist aber dem A doch keinesfalls zu helfen, da das Endurtheil rechtskräftig und bereits vollzogen ist.

Digitized by Google

daß, um die Nothwendigkeit dieser Restitution zu begründen, keineswegs der Eintritt der Rechtskraft des Urtheils erforderlich sei, sondern schon der Erlaß jene Nothwendigkeit herbeiführe.

Der fragliche Rechtsfall war folgender:

Der Beklagte war in erster Instanz von der Deputation des O.-A.-Gs. unter einem Beweisvorbehalt für schuldig erkannt worden, den Vertrag zu erfüllen. Er ergriff hiergegen Revision, um die Abweisung der Klage definitiv oder wie angebracht zu erwirken, und die Revisen hatten sich schon auf den Revisionslibell erklärt, als der Beklagte mit einem Restitutionsgesuch behufs Einbringung einer neuen Einrede und zugleich mit der Bitte einkam, die Entscheidung über die Revision vorerst auszusetzen. Die Verhandlung und Entscheidung über die Revision wurde hiernächst wirklich ausgesetzt und das Restitutionsgesuch der Deputation zur Entscheidung überwiesen.

In dem Restitutionsgesuch war die neue Einrede auf einen Vorfall gestützt, der sich nach Ablauf der Exceptionsfrist, aber noch vor dem Urtheil ereignet hatte. Die Deputation sprach sich dahin aus, daß es sich hier um eine exceptio noviter emergens handle, bezüglich deren eine Restitution nicht erforderlich sei, verwarf aber die Einrede als materiell unerheblich. Nunmehr gelangte die Sache im Wege der Revision an das Plenum und hier bemerkte der Referent:

Das Restitutionsgesuch bezwecke die Nachbringung einer Einrede, welche die Klage als nicht begründet resp. als prämaturirt darstellen solle. Als causale restitutionis liege demselben die Behauptung zu Grunde, daß einestheils der Beklagte erst neuerdings von dem Dasein jener Einrede Kenntniß erhalten habe, und anderntheils dieselbe erst nach der Einlassung auf die Klage entstanden sei. Letzteres sei auch wirklich der Fall, da die Einrede auf das Protokoll vom 9. Oktober 1839 gestützt sei, um welche Zeit die Exceptionsfrist schon abgelaufen gewesen. Die Einrede erscheine daher insofern, wie auch in voriger Instanz angenommen worden sei, als eine exceptio noviter emergens. Daß dergleichen Einreden

Digitized by Google

auch nach Ablauf der Frist ad excipiendum und zwar ohne daß es hierzu einer Restitution bedürfe, noch rechtsbeständig vorgeschützt werden könnten, fließe aus der Natur der Sache, da in Beziehung auf sie von einer Versäumniß jener Frist und einer eingetretenen Präclusion keine Rede sein könne, und sei daher auch in der Doctrin und Praxis anerkannt.

Inzwischen würde man zu weit gehen, wolle man diese Regel auch alsdann gelten lassen, wenn zwar die Einrede erst nach Ablauf des zur Vorbringung peremtorischer Schutzmittel bestimmt gewesenen Termins, aber doch noch im Lauf der Verhandlungen und also zu einer Zeit ihre Entstehung erhalten habe, wo sich derselben annoch habe bedient werden können, um damit ein ihrer vermeintlichen Wirkung entsprechendes Urtheil zu erstreiten, dieses aber unterblieben sei, und davon erst nach erfolgtem Urtheil, zum Zwecke der Beseitigung dieses Urtheils, Gebrauch gemacht werden wolle. Denn der Umstand, daß die Einrede erst nach dem zur Abgabe der Erklärung auf die Klage gestandenen Termin erwachsen sei, rechtfertige nur die Annahme, daß die in diesem Termin unterbliebene Vorschützung der Einrede die Folge nicht haben könne, daß sich derselben nicht auch nachher noch im Laufe der Verhandlungen bedient werden dürfe, nicht aber auch die, daß der Excipient, obgleich er sich nach dem Zeitpunkt des Entstandenseins der Einrede in der Lage befunden habe, davon noch vor erfolgter Entscheidung Gebrauch zu können, solchen Gebrauch bis dahin beliebig aufschieben dürfe, wo er, durch das inmittelst ergangene Urtheil belehrt, sich von dessen Nothwendigkeit oder Dienlichkeit überzeugt haben würde. In einem Falle der hier angedeuteten Art liege allerdings objektiv wenigstens eine Versäumniß vor, welche vermittelst zu erwirkender Restitution der vordersamsten Beseitigung bedürfe. Gerade dieser Fall sei aber der vorliegende, da die nachträglich einzubringen versuchte Einrede schon wenige Tage nach umlaufener Erklärungsfrist existent geworden gewesen, Revident daher, habe dem anderers von der Einrede zum Grunde

Digitized by Google

liegenden Faktum Kenntniß erlangt gehabt, im Stande gewesen sei, von derselben noch in seiner erst im April 1840 abgegebenen Duplik resp. vor der am 20. März 1841 erfolgten Entscheidung für den Zweck seiner Rechtsvertheidigung Gebrauch zu machen, und er dies erst, nachdem die Sache längst entschieden gewesen, unternommen habe. Darum sei es denn allerdings nöthig gewesen, daß sich, um der Einrede jetzo noch Eingang zu verschaffen und mittelst derselben eine Abänderung des bereits ergangenen Urtheils herbeizuführen, des Mittels der Restitution bedient und dieses durch die Behauptung zu begründen gesucht worden sei, daß Revident von dem neuen Einbringen vor der ergangenen Entscheidung keine Kenntniß gehabt habe. Was aber die rechtliche Natur dieses Mittels betreffe, so werde sich dasselbe nach der Lage der Sache, in welcher davon Gebrauch gemacht worden sei, sowie nach dem ihm unterliegenden Grunde und seinem auf Abänderung des vorliegenden Erkenntnisses gerichteten Zweck, nur als das für solchen Zweck gegebene remedium restitutionis ob noviter reperta betrachten lassen, und da die Statthaftigkeit dieses sowohl gemeinrechtlich, als auch nach hessischem Particularrecht — Verordnung vom 12. April 1806 — durch Ableistung des Restitutionseides bedingt sei, Revident für verbunden zu erachten sein, eidlich zu erhärten, „daß er vor der Entscheidung vom 20. März 1841 von dem neuen Einbringen nichts gewußt habe". Gerade die Form dieses Eides diene der Ansicht, daß der Umstand, daß das novum erst nach der Litiscontestation erwachsen sei, kein zureichendes Motiv dafür darbiete, den Revidenten für berechtigt zu halten, dieses novum auch nach erfolgter Entscheidung geltend zu machen, ohne daß er nöthig gehabt hätte, dafür Restitution gegen das ergangene Erkenntniß zu imploriren, daß er vielmehr, da die Einrede qu. lange vor dem Erkenntnisse ihre Entstehung erhalten gehabt, jenes Umstandes ungeachtet, zu ihrer Geltendmachung der Bitte um Restitution und zu deren Begründung der Ab-

Digitized by Google

leistung des gesetzlich vorgeschriebenen Eides bedurft habe resp. bedürfe, zur besonderen Bestätigung.

Das Plenum trat den Anträgen des Referenten am 24. Oktober 1844 einstimmig bei.

Vgl. Rel. in S. des Grafen zu Solms-Rödelheim, Beklagten, gegen die Zehntgrundrentepflichtigen zu Nieder-Wöllstadt, Kläger, Vertragserfüllung betr., Nr. 4.

§. 6.

Nova emergentia gegenüber rechtskräftigem Urtheil.

Ist das betreffende Novum bereits vor dem in Frage stehenden Urtheil emergirt und erscheint dasselbe als ein solches, welches, seiner prozessualischen Natur nach, in das von dem Urtheil abgeschlossene Stadium gehört hätte, so bedarf es, wie in §. 3 ausgeführt, zu dessen Geltendmachung förmlicher Restitution, und da nun diese Restitution ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen der restitutio contra rem judicatam zu beurtheilen ist[36], so bleiben hier nur die Fälle zu berühren, wo die Entstehung des neu einzubringenden Stoffes nach dem Urtheile datirt. Fassen wir hierbei zunächst

I. das Definitivurtheil ins Auge und denken uns dasselbe condemnatorisch, so folgt schon aus der Natur der Sache, daß sich auch nach diesem Judicat noch eine ganze Reihe von Thatsachen ereignen können, welche dem richterlichen Ausspruch seine rechtliche Wirkung zu rauben geeignet, sind, denn abgesehen von den Handlungen des Beklagten welche darauf zielen, dem Judicat Genüge zu leisten, können

[36] Die Restitution erscheint also namentlich zulässig, wenn Implorant von den nova emergentia vor dem Urtheil keine Kenntniß hatte und dies in Gemäßheit des G. Bescheids vom 7. Juli 1669 resp. der Hess. V. O. v. 12. April 1806 beeidigt. Man denke z. B. an den Fall, wo der verurtheilte Bürge nach dem Urtheil die kurz vor demselben erfolgte Zahlung durch den Hauptschuldner erfährt. Vgl. auch den Rechtsfall §. 5.

Digitized by Google

Vereinbarungen unter den Parteien stattfinden, welche das Judicat ganz oder theilweise außer Wirksamkeit setzen, oder ändern[37], können Thatsachen eintreten, welche das Judicat als nicht mehr begründet erscheinen lassen[38], können Ansprüche auf Seiten des Beklagten entstehen, welche die judicatsmäßigen Rechte des Klägers paralisiren[39]. Von allen diesen Verhältnissen gilt, da sie durch das Judicat an sich nicht als präcludirt erscheinen können, der Satz, daß sie ohne Restitution an sich rechtlich zulässig sind und nur erst durch die definitive Vollstreckung des Judicats ausgeschlossen werden.

Ist das Urtheil dagegen absolutorisch, so können sich nach demselben zwar auch Verhältnisse ereignen, welche dasselbe als materiell nicht sachentsprechend darstellen[40], allein da eine Verwandlung des absolutorischen Spruchs in einen condemnatorischen doch jedenfalls nur in Folge einer Rescission des ersteren stattfinden kann, so versteht es sich von selbst, daß hier keineswegs dem novum emergens eo ipso Wirksamkeit zur Verwandlung des Urtheils beizumessen, vielmehr nur etwa in förmlicher Restitution die Möglichkeit zur Herbeiführung jener Aenderung zu erblicken ist[41]. Ob freilich nach den über die Restitution gegen rechtskräftiges Erkenntniß

[37] Man denke an einen über das Judicat und andre connexe Verhältnisse abgeschlossnen Vergleich, einen Verzicht des Klägers auf die ihm aus dem Judicat erwachsenen Rechte u. s. w.

[38] Vgl. z. B. den Rechtsfall §. 7 Note 50 Nr. 1: die dort vorgeschützte Einrede wurde an sich vom O.-A.-G. in D. für zulässig erkannt und nur Mangels der Liquidstellung verworfen.

[39] Dem Beklagten erwächst nach dem Urtheil eine (liquide) Gegenforderung, der betr. Klaganspruch wird erst nach dem Urtheil durch die Verurtheilung in Geld compensabel. Vgl. über diesen Punkt l 16 §. 1 D. de comp. (16. 2); l. 2 C. eod (4. 31) u. Wetzell a. a. O. §. 47 Note 121 und den daselbst citirten Gesterding.

[40] Man denke an eine dem Kläger nachträglich erwachsende Replik. Vgl. den Rechtsfall in der folg. Note.

[41] Das O.-A.-G in D. hat dies in der folg. Rechtssache anerkannt: Die Klage der Gemeinde war auf Grund von Compensationsansprüchen, die der Beklagte auf seine Eigenschaft als Ortsbürger stützte, rechtskräftig abgewiesen

geltenden Principien eine solche Restitution wirklich ertheilt werden könne, ist nichts weniger, als zweifellos[42], in einem einzelnen Falle aber vom höchsten Tribunal in Darmstadt bejaht worden[43].

Sehen wir sodann

II. auf die Zwischenurtheile, so können, was das Verfahren des Schriftwechsels betrifft, Einreden, Repliken u. s. w., welche nach dem Beweisinterlocut erwachsen sind, da sie durch letzteres nicht präcludirt erscheinen, bis zum Enderkenntniß und zwar ohne Restitution geltend gemacht werden[44], während in dem Beweisverfahren, der Natur der

---

worden. Längere Zeit darauf stellte die Gemeinde liquid, daß die dem Beklagten ertheilt gewesene Aufnahme als Ortsbürger von Verwaltungswegen als auf irrigen Gründen beruhend nach dem Urtheil aufgehoben worden sei, und bat primär diese Replikbehauptung als novum emergens zuzulassen. Dem desfallsigen Gesuch wurde indessen in dieser Richtung nicht stattgegeben Die Vorschrift, daß Einreden, welche erst nach der Einlassung entstanden seien, auch später noch zugelassen werden sollten, c. 4 X. 2. 25, beziehe sich nur auf den Fall, wenn eine solche Einrede u. s. w. nach der Einlassung, aber vor der Ertheilung des in dem ersten Verfahren zu fällenden Urtheils geltend gemacht werden solle. Es sei aber davon der Fall sehr verschieden, in welchem durch die Geltendmachung einer solchen Einrede zugleich auch ein in Rechtskraft übergegangnes Urtheil entfernt werden solle, indem dessen Wirkung offenbar nicht ipso jure durch das Entstehen der Einrede hinwegfalle, es vielmehr hierzu eines besonderen Mittels bedürfe, als welches sich gerade das Rechtsmittel der Restitution darstelle. Erk. O.-A.-Gs. in S. Stadt Babenhausen g. Erwin Scharf auf der Thomashütte bei Eppertshausen, Forderung betr., v. 27. Octr. 1843.

[42] Da die Restitution ihrem Wesen nach stets nur die Wiederherstellung eines früheren Zustandes sein kann, was sich in obigem Falle rechtlich kaum construiren läßt.

[43] In der Note 41 erwähnten Rechtssache wurde die eventuell erbetene Restitution (nachdem zuvor durch Urtheil vom 27. October 1843 Verweisung ans Hofgericht stattgefunden, weil es sich um das „Remedium“ rest. drehe) schließlich ertheilt. Die deutschrechtliche Restitution könne nicht blos wegen neu aufgefundner, sondern auch wegen neu entstandner Thatsachen erbeten werden. Im vorl. Falle sei die Restitution zu ertheilen. E. v. 20. Nov. 1846.

[44] In dem Ehescheidungsprocesse sollte die klagende Ehefrau den ihr

Sache entsprechend, der Grundsatz gelten muß, daß wenn über den Beweis bereits erkannt ist, die etwa nach dem betreffenden Erkenntniß erwachsenen Beweismittel höchstens im Wege der Restitution zu einer Remedur resp. Aenderung des Urtheils benutzt werden können.[45]

§. 7.

Inwiefern bedürfen nova emergentia sofortiger Liquidstellung oder Bescheinigung?

Die Gesetze enthalten über die vorstehende Frage keine ausdrücklichen Bestimmungen[46]. Daher stehen neu entstandne Angriffs- und Vertheidigungsmittel insofern einfach unter den Principien des betreffenden prozessualischen Verfahrens und resp. des gerade im Gang befindlichen Prozeßstadiums, und nur also, wenn diese Principien ohnehin dazu führen, ist eine Liquidstellung oder Bescheinigung erfordert[47]. In Anwendung dieses Satzes bedürfen

1) neu emergirte Einreden (insofern sie nach §. 3 vermöge ihrer neuen Entstehung ohne Restitution eingebracht werden können) im ordentlichen Processe bis zum

über die Einrede der erfolgten Verzeihung zugeschobnen und ihr rechtskräftig zuerkannten Schiedseid schwören, als Beklagter, gestützt auf angeblich inzwischen eingetretne Verhältnisse, jene Einrede als neuentstandne wiederholte. Das O.-A.-G. erkannte die Zulässigkeit dieser Einrede an. Vgl. Rel. zum Erk. in S. Caroline Müller gegen ihren Ehemann in Darmstadt vom 11. December 1846, mitgetheilt Beleg 2 meiner Civilproceß-Restitution.

[45] In dem in §. 5 Note 35 erwähnten Rechtsfall wurden auch solche Thatsachen zur Unterstützung des für verfehlt erkannten Einredebeweises vorgetragen, welche sich nach dem über den Beweis sprechenden Erkenntniß ereignet hatten. Das O.-A.-G. in D. erkannte die Nothwendigkeit förmlicher Restitution an, wie denn auch die Zulässigkeit einer solchen Restitution an sich bejaht und nur die Erheblichkeit der betr. Thatsachen verneint wurde.

[46] Der in den Reichsgesetzen (vgl. §. 2 Note 4) erwähnte Calumnieneid bezieht sich nur auf nova reperta, die betr. Bestimmungen sind insoweit eine Copie von c. 4 X. de except. (2. 25) (§. 2 Note 3).

[47] Was selbstverständlich nicht ausschließt, daß die neue Entstehung, sofern sie geläugnet wird, erwiesen werden muß.

Digitized by Google

Definitiverkenntniß weder der Liquidſtellung, noch der Beſcheinigung[48]. Wird dagegen

2) die Einrede in einem ſummariſchen Prozeß, welcher Liquidität oder Beſcheinigung erfordert, geltend gemacht, ſo gilt auch für ſie dieſe Nothwendigkeit[49]; wie denn auch

3) eine neu emergirte Einrede in der Executionsinſtanz, gleichwie jede andere Einrede, ſofort liquid zu ſtellen iſt, wenn ſie nicht verworfen werden ſoll[50]. Ob übrigens

---

[48] Vgl. Hofgerichtspräjudiz Nr. 85 (§. 5 Note 32 dieſes Aufſatzes) und die Relation des O.-A.-Gs. in D. in S. Caroline Müller gegen ihren Ehemann zum Erk. v. 11. December 1846 (Siehe §. 2 Note 9).

[49] Hiermit conform die Entſcheidung des O.-A.-Gs. in D. in S. Anna Maria Blöſinger, nunmehr Heinrich Berle Witwe von Benetheim u. Conſ, Imploraten ꝛc. gegen die großjähr. Kinder der Franziska Blöſinger, Adam Beyſer's Ehefrau von da, in actis benannt, Imploranten, Einweiſung in den Beſitz ꝛc betr., vom 15. Januar 1855. Während über das Remedium ex lege ultima ꝛc. verhandelt wurde, ſchützten die Beklagten vor, daß bei Gelegenheit eines Termins der Proceß verglichen worden ſei. Das O.-A.-G. verwarf dieſe Einrede wegen mangelnder Liquidſtellung, indem das ſummariſche Verfahren des Remedium unter allen Umſtänden eine ſolche erfordert haben würde. (Die Berufung auf Zeugen wurde als nicht geeignet, liquiden Beweis herzuſtellen, bezeichnet.)

[50] Wetzell a. a. O. §. 47 Note 124, §. 21 Note 13; Linde a. a. O. §. 376 Note 4; Renaud a. a. O. §. 221, welcher jedoch „ſofortige Liquidirbarkeit" der Liquidität gleichſtellt. Das O.-A.-G. in D. hat die Liquidſtellung in mehreren Fällen als nothwendig erkannt, indem es zugleich eine davon abweichende Anſicht des Hofgerichts in Darmſtadt (welches ſich mit einer einfachen Beſcheinigung begnügt hatte) verwarf: 1) die Beklagte war verurtheilt worden, eine Forderung, welche ſie an ihre Schweſter, die Ehefrau des Klägers, ſchuldete, an letzteren herauszuzahlen, obgleich ſie excipiendo behauptet hatte, die Ehefrau des Klägers habe erklärt, die Forderung wie ſie ſie brauche eincaſſiren zu wollen. Die Gerichte waren dabei von der Anſicht ausgegangen, daß der Kläger als Ehemann die unbedingte Verwaltung und Nutznießung des ihm von ſeiner Ehefrau eingebrachten Vermögens habe, und dieſe Rechte auch gegen den Willen ſeiner Ehefrau ausüben könne. In der Executionsinſtanz brachte nun Beklagte vor, daß die Ehefrau des Klägers nach dem Urtheil geſtorben ſei und teſtamentariſch beſtimmt habe, daß das, was ihre Geſchwiſter (darunter die Be-

Digitized by Google

die einmalige Verwerfung der Einrede auf diesen Grund hin lediglich eine Abweisung „wie angebracht" nach sich ziehe und also die nochmalige Einbringung der Einrede

klagte) ihr verschuldeten, bis zur Volljährigkeit ihres Kindes verzinslich stehen bleiben solle, und ferner daß ihr gesammtes Vermögen curatorisch verwaltet und die Zinsen zum Kapital geschlagen werden sollten. Wenn die Verstorbene auch bei ihren Lebzeiten ihrem Ehemann die Verwaltung und Nutznießung ihres Illatums nicht habe entziehen können, so sei ihr dies doch auf den Todesfall möglich gewesen. Es handle sich hier um eine exceptio noviter emergens, welche jetzt noch geltend gemacht werden dürfe und höchstens sofortiger Bescheinigung bedürfe. Diese Bescheinigung werde geliefert durch das abschriftlich beiliegende Testament und die betr. zu abregistrirenden Acten des Landgerichts S., wobei freilich zu bemerken sei, daß das Testament angefochten und der Prozeß noch nicht entschieden sei.

Das Landgericht Z. wies das damit verbundene Gesuch um Sistirung des Vollstreckungsverfahrens ab, das Hofgericht erkannte es dagegen für zulässig (die Motive siehe Notizenbuch 276), das höchste Gericht stellte aber hiernächst die erstinstanzliche Verfügung wieder her, da eine neu entstandne Einrede den Vollzug eines auf ein rechtskräftiges Urtheil gebauten Zwangsverfahrens nur dann zu hemmen vermöge, wenn derselbe sofort gehörig liquid gestellt sei, im vorliegenden Falle aber, actenmäßig, über den Rechtsbestand des thatsächlichen Fundaments der nachträglich vorgeschützten Einrede zwischen den Partheien in einem besonderen, noch nicht ausgetragenen Prozesse gestritten werde, mithin es unter diesen Verhältnissen an dem Erforderniß ausreichender Liquidität gebreche". Resc. v. 15. Dec. 1853 in S. H. Helfrich vom Johannishof bei Gernsheim, Kl. g. P. Stegmüller Eheir. zu Auerbach, Gleichstellung betr., causa I. 2) Die Beklagte, welche rechtskräftig vernrtheilt war, das Gut zu räumen, schützte in der Executionsinstanz die neu entstandne Einrede der Retention wegen Meliorations- und Baukosten vor, welche letztere sie nachträglich auf das Gut verwendet haben wollte. Als die Sache in die höchste Instanz erwuchs, bemerkte der Referent, dem der Correferent und das Colleg beistimmten: „Es unterliege keinem Zweifel, daß die gleichbaldige Liquidität der Forderung resp. der darauf gegründeten Retentionseinrede jedenfalls schon aus dem proceßrechtlichen Grunde erfordert sei, nach welchem überhaupt jede erst in der Executionsinstanz vorgeschützte Einrede, welche, wie die in Frage stehende, bezwecke, die Vollstreckung eines rechtskräftigen Erkenntnisses in ihrem Laufe oder in ihrem Erfolge zu hemmen, wenn sie beachtet werden solle, sogleich liquid sein müsse. Danz Grundj. des ord. Proz. §. 186 u. 187; v. Linde, Lehrbuch des Civilproz. §. 376; Martin, Lehrb. des Proz. 258; Bayer, Vortr. über

Digitized by Google

mit Liquidstellung nicht hindere, oder ob die Wiederholung definitiv abgeschnitten sei, diese Frage wird, da die Nothwendigkeit der Liquidstellung nur auf den allgemeinen Principien über Berücksichtigung von Einreden in der Executionsinstanz beruht, dem Satze, daß nicht liquid gestellte Einreden als verwerflich erscheinen, aber andrerseits der Satz entspricht, daß liquidgestellte Einreden (ihre materielle Erheblichkeit vorausgesetzt) zuläßig sind, und dieser Zulässigkeit weder durch das Gesetz, noch durch die Natur der Sache eine frühere Schranke, als die aus der wirklichen Vollziehung der Execution von selbst folgende, gezogen ist, — von dem abgesehen aber auch der Gesichtspunkt der Nichtliquidstellung als ein rein formaler doch wohl kaum berechtigen kann, den Excipienten seiner Einrede materiell verlustig zu erklären, — gewiß zu Gunsten der Wiederholung der Einrede zu entscheiden sein[51], obgleich in der Praxis im einzelnen Falle die entgegengesetzte Ansicht zur Geltung gebracht worden ist[52]. Daß sich die Doctrin

---

Civ. Pr. S. 550. Ohne dieses Requisit würde die Vollstreckung eines in Rechtskraft getretnen Erkenntnisses in Fällen der vorliegenden oder ähnlichen Art je nach Umständen gar nicht zu realisiren sein und die Gerechtigkeitspflege ein täuschendes Schauspiel sein. Der Beklagte dürfte nur immer wieder, wenn er mit der früheren abgewiesen wäre, eine neue illiquide Einrede der Retention, gestützt auf in den Tag hinein behauptete weitere Verwendungen in die herauszugebende Sache vortragen, und seine unlautere Absicht, die Rechtshilfe aufzuhalten, wäre zum größten Nachtheil des Eigenthümers und zum Hohne der Justiz erreicht". — Die Einrede wurde denn auch Mangels der Liquidität durch Urtheil vom 8. Oktober 1844 verworfen. (Das Hofgericht in G. hatte angenommen, die Einrede sei soweit als nöthig liquid gestellt).

In S. des Grßn. Cameralfiscus, Klägers ꝛc. gegen die Damian Scharf Witwe, dermalen verehel. Hensel, zu Okarben, Beklagte ꝛc, Herausgabe eines Guts mit Hofraithe betr.

[51] Conform die Ansicht des Hofgerichts in D. lt. Rechtsfall §. 5 Note 33.

[52] In der Note 50 Nr. 2 erwähnten Rechtssache handelte es sich auch um die Frage, ob die Mangels der Liquidität verwerfliche Einrede nur „anebrachtermaßen" abzuweisen sei. Der O.-A.-Gs.-Referent bemerkte in dieser

bereits über den fraglichen Punkt ausgesprochen hätte, ist uns nicht bekannt geworden.

Hinsicht: „Der einmal mißglückte Versuch, dem zustehenden Retentionsrechte auf formell unzulässige Weise Anerkennung zu verschaffen, involvire keine Präclusion und keinen Verlust der Einrede und kein Hinderniß, diese Retentionseinrede besser und genügend fundirt in der Executionsinstanz zu erneuern, soferne es dazu noch nicht zu spät, d. h. so lange die Urtheilsvollstreckung noch nicht realisirt, die Beklagte also nicht depossedirt sei. Könne demnach die Beklagte in continenti darthun, daß sie den behaupteten neuen Stallbau aufgeführt und dafür den angegebnen Kostenbetrag aufgewendet habe, dann würde der richterlichen Anerkennung ihres Retentionsrechts wenigstens die schon einmal, aus formellen Gründen oder wegen Illiquidität der Forderung erfolgte Abweisung mit der aus diesem Recht abgeleiteten Einrede nicht im Wege stehen". Allein diese Anschauung wurde vom Colleg (mit 6 g. 3 Stimmen) für nicht begründet erachtet: „indem die in executorio vorgebrachte, jedoch wegen Mangels der zu ihrer rechtlichen Berücksichtigung erforderlichen gleichbaldigen Liquidität verworfene neue Einrede keineswegs nur angebrachtermaßen, sondern mit der Wirkung abgewiesen erscheine, daß solche in dem gegenwärtigen Executionsverfahren und die Vollstreckung des rechtskräftigen Judicats hemmend gar nicht mehr, selbst nicht mehr in vollständig liquider Gestalt, vorgebracht werden könne". Frk. wie früher.

Digitized by Google

B. Bemerkenswerthe Entscheidungen oberer Gerichte mit gedrängter Angabe der Entscheidungsgründe.

I. Nachbarrecht. — Gesetzliche Eigenthumsbeschränkung in Bezug auf die Anlage einer Mistgrube in der Nähe des Nachbargrundstücks. — Rechtsmittel*.

Der Eigenthümer eines Grundstücks ist schon kraft Gesetzes berechtigt, die Beseitigung einer auf dem Nachbargrundstück angelegten Mistgrube, aus welcher Jauche herüberdringt, zu verlangen: er bedarf hierzu nicht erst einer negativen Servitut. Seine Klage auf Beseitigung ist also die A. negatoria.

In den Entscheidungsgründen eines von dem Spruchcolleg der Gießener Facultät im Referat von Ihering entworfenen Urtheils heißt es über obige Rechtsfragen:

„Das angefochtene Erkenntniß geht davon aus, daß die Anlage einer Mistgrube in unmittelbarer Nähe an dem Grundstück des Nachbarn und die daraus resultirenden Immissionen der Mistjauche in letzteres dem Grundeigenthümer nicht untersagt werden könnten, und erblickt eine Bestätigung dieser Ansicht in der l. 17 § 2 si her. vind. (8. 5), worin der Jurist die Anfrage, wie Jemand sich gegen die nachtheiligen Einwirkungen einer neben seiner Wand angebrachten Mistgrube schützen könne, dahin beantwortet, daß wenn der Platz, auf dem letztere angelegt sei, ein öffentlicher sei, er ihn durch das entsprechende Interdict zur Wegnahme der Grube zwingen könne, wenn derselbe dagegen ein Privatgrundstück

* Die hier unter Nr. I bis IV veröffentlichen Entscheidungen aus der Spruchpraxis der Juristenfacultät in Gießen sind nach gefälliger Mittheilung der Materialien Seitens des Herrn Mitherausgebers Ihering von der Redaction des Archiv's bearbeitet. **A. B.**

Digitized by Google

sei, de „servitute agi oportere"; wegen des bisher bereits erlittenen Schadens habe er die Klage aus der cautio damni infecti, wenn er sich letztere habe bestellen lassen.

Wenn nun der judex a quo die citirten Worte der Stelle dahin versteht: es müsse mit der act confessoria geklagt werden, d. h. der Nachbar habe nur dann ein Recht, die Entfernung der Mistgrube zu verlangen, wenn er sich von seinem Gegner eine darauf gerichtete negative Servitut habe bestellen lassen, so können wir diese Auslegung nicht billigen. Das „de servitute agere" hat einen doppelten Sinn, es begreift nämlich eben so wohl die negatoria als die confessoria,

> s. l. 2 pr. si serv. (8. 5) De servitutibus in rem actiones competunt nobis tam confessoria quam negatoria u. s. w.

In der obigen Stelle kann also der Jurist mit diesem Ausdruck eben so wohl gemeint haben, daß der Nachbar negatorisch klagen solle d. h. daß er sich die Mistgrube nicht gefallen zu lassen brauche, wenn nicht sein Gegner sich dieserhalb eine Servitut habe bestellen lassen — als daß er confessorisch klagen müsse, d. h. daß er nur durchdringe, wenn er selber sich eine (negative) Servitut habe bestellen lassen. Daß nun die erstere Auslegung den Vorzug verdient, wird sich schwerlich bestreiten lassen. Der Jurist würde sich überaus schlecht ausgedrückt haben, wenn er auf die Frage: quem ad modum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret, eine Frage, welche, indem sie die Berechtigung des Fragestellers als selbstverständlich voraussetzte, nur die Form ihrer processualischen Geltendmachung zum Gegenstand hatte, ihm eine Klage nannte, welche diese Berechtigung stillschweigend an eine höchst wesentliche Voraussetzung, die Existenz einer Servitut, knüpfte. Indem der Jurist seine Antwort auf Namhaftmachung der zuständigen Rechtsmittel beschränkte, erkannte er damit die stillschweigende Voraussetzung der Frage, daß der Fragesteller schlechthin berechtigt sei, die Beseitigung der Mistgrube zu verlangen, als richtig an. In dem hier entwickelten Sinn ist unsere Stelle übrigens auch von Andern aufgefaßt, s. z. B.

> Glück Pandekten, X. S. 134, der sie zugleich durch das Zeugniß von Harmenopulus unterstützt.
> Schäffer, Archiv für prakt. R. W. II. S. 287.
> Reinhard, Archiv f. civil. Praxis XXX. S. 245 in der Note".

Hiernach komme es nur noch darauf an, ob die Berechtigung zum Anlegen und Haben jener Mistgrube durch specielle Servitut begründet worden sei.

Digitized by Google

Urtheil der Gr. Mecklenburg-Schwerinschen Justiz-Kanzlei in Rostock auf eingeholten Rath der Juristenfacultät der Universität Gießen in Sachen des Malermeisters A. Knittel zu Doberan, Klägers, Appellanten, Appellaten gegen den Bäcker Gastmeyer daselbst, Bekl., Aaten, Aanten, betreffend Beeinträchtigung (1868).

II. Nachbarrecht. — Servitut oder persönliches Recht (Obligation)? — Erfordernisse der Ausdrucksweise bei der vertragsmäßigen Bestellung einer Berechtigung als dingliches Recht (Servitut). —

1) **Ob ein Servitutenvertrag oder nur ein obligatorischer Vertrag vorliege, darüber entscheidet heutzutage nicht sowohl die gebrauchte Ausdrucksweise der Contrahenten als der Zweck der bestellten Berechtigung.**
2) **Verträge, welche das nachbarliche Verhältniß reguliren, welche insbesondere dauernde, die Benutzung eines Grundstücks erleichternde oder sichernde Einrichtungen zum Gegenstande haben, haben daher, wo das Gegentheil nicht ausdrücklich festgesetzt ist oder aus den Umständen hervorgeht, schon an und für sich einen dinglichen Character, begründen eine Servitut und nicht lediglich persönliche Rechte unter den Contrahenten.**

In dem zur vorigen Nummer erwähnten Falle hatte der jetzt auf Beseitigung der Dunggrube klagende A. Knittel mehrere Jahre zuvor sich von dem Rechtsvorgänger des jetzigen Beklagten im Eigenthum des Grundstücks, auf welchem sich die Grube befindet, einem gewissen Reinhardt, die Erlaubniß erwirkt, auf dessen Grund und Boden längs der Dunggrube eine Mauer ziehen zu dürfen, welche das Eindringen von Feuchtigkeit in den Keller seines, des jetzigen Klägers, angrenzenden Gebäudes verhindern sollte. Gegenüber der nunmehrigen Klage auf Beseitigung der Dunggrube erhob jetzt Beklagter Gastmeyer Widerklage auf Hinwegnahme jener Mauer.

Das Gericht erster Instanz hatte diesen Reconventionsanspruch für begründet erkannt, indem es in der dem Knittel von dem früheren Eigenthümer Reinhardt ertheilten Erlaubniß zur Aufführung jener Mauer lediglich einen obligatorisch wirksamen Akt erblickte, welcher für den jetzigen Eigenthümer nur dadurch

Digitized by Google

einen verpflichtenden Charakter habe gewinnen können, daß er selber diese Verpflichtung dem Wiederbeklagten gegenüber übernommen hätte.

In zweiter Instanz wurde jedoch von der Juristenfacultät in Gießen (im Referat von Jhering) die Widerklage für rechtlich unbegründet erachtet, da die Bewilligung zur Errichtung jener Schutzmauer ein dingliches Recht constituirt habe.

„Derartige Verträge — so heißt es in den Entscheidungsgründen jenes Spruchcollegs — welche das nachbarliche Verhältniß reguliren, haben, wenn das Gegentheil nicht ausdrücklich festgesetzt ist oder aus den Umständen hervorgeht, eo ipso einen dinglichen Character, d. h. sie begründen, wo die sonstigen Voraussetzungen dafür vorhanden sind, ein Servitut. Auf die dabei gebrauchten Ausdrücke kommt es gar nicht an, die Sache entscheidet, d. h. wenn der Zweck, um den es sich bei dem Vertrage handelte, das Grundstück selber betrifft, wenn er z. B. wie hier dauernde Einrichtungen zum Gegenstande hat, welche die Benutzung des Grundstücks erleichtern oder sichern, so nimmt der Vertrag eo ipso den Character eines dinglichen an. Nach früherem römischen Recht gab es als Criterium desselben eine besondere Form, im neuern Rechte ist dieselbe hinweggefallen, und der Servitutvertrag ist nur noch durch die angegebene Zweckbestimmung von dem obligatorischen Vertrag geschieden. Wer seinem Nachbar verstattet, eine Vorrichtung auf seinem Grundstück anzubringen, z. B. eine Stütze für sein Haus, einen Canal zu ziehen oder wie hier eine Mauer in seiner Dunggrube zu setzen, hat eben damit, wenn er nicht den bloß precären oder obligatorischen Charakter dieser Concession speciell betont hat, nicht seinen persönlichen Consens, sondern seinen Consens als Grundeigenthümer ertheilt, d. h. derselbe bindet nicht blos ihn, sondern jeden Nachfolger im Grundeigenthum und ebenso kommt er nicht blos seinem Paciscenten, sondern jedem Nachfolger in dessen Grundstück zu gute. Es wird nicht nöthig sein, diesen Satz durch viele Citate aus dem römischen Recht zu erhärten, beispielsweise möge auf folgende Stellen verwiesen werden:

> l. 16 si serv. (8. 5), l 13. pr. Comm. praed. (8. 4), l. 3 Cod. de hered. (3. 34) . . . tueri enim placita inter contrahentes debent. Quare ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere jure non potuerint, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emtores eadem praedia posse. l. 12 §. 4 Cod. de aed. priv. (8. 10), (nicht glossirt): Qui autem ex pacto vicini aedificant . . . qui con-

Digitized by Google

senserunt et pacti sunt aut qui in eorum domos successerunt.

Dieser dingliche Charakter der die nachbarlichen Verhältnisse betreffenden Rechtsacte wiederholt sich selbst außerhalb der Servitutensphäre bei einer Reihe anderer Verhältnisse z. B. bei der operis novi nun ciatio

l. 8 § 7, l. 10, l. 23 de O. N. N. (39. 1),

bei der act. aquae pluviae arcendae

l. 19 de aq. pl. (39. 3)

und anderwärts. Was die citirte l. 23 de O. N. N. von der operis novi nuntiatio sagt: non personae fit et is (demum) obligatus est, qui eum locum possidet gilt auch von den Verträgen, welche das nachbarliche Verhältniß reguliren.

Demgemäß werden wir die von dem Reinhardt dem Knittel ertheilte Erlaubniß zur Aufführung einer Mauer als Prädialservitut zu betrachten haben".

Dieselbe Streitfrage, ob Servitut oder nur persönliche, den Singularsuccessor nicht berührende Obligation zwischen den Grundstückseigenthümern, war in der obigen Rechtssache auch bei der Vorklage (auf Beseitigung der Dunggrube) zur Sprache gekommen. Dort hatte — wie zur Widerklage Gastmeyer, so hier umgekehrt Knittel seinerseits den dinglichen Charakter des gegnerischen Rechts auf Anlage der Dunggrube bestreiten wollen. Gastmeyer hatte sich nämlich gegenüber der Negatoria des Knittel auf Beseitigung seiner Grube darauf berufen, Letzterer habe seinem, des G., Rechtsvorgänger Reinhardt gegenüber die vertragsmäßige Erklärung abgelegt, „daß er gegen die Lage der Dunggrube Nichts einzuwenden habe". Hiedurch sei für sein, Gastmeyer's Grundstück eine Servitut erworben worden. Knittel hatte dagegen opponirt, daß dieser Vertrag nur für Reinhardt ein persönliches Recht begründet habe.

Das Gießener Spruchcollegium entschied den Streit übereinstimmend mit seiner oben vorgetragenen Rechtsanschauung dahin: Wenn Knittel dem Reinhardt auf seinen erklärten Wunsch, „sich gegen alle etwa möglichen Differenzen zu schützen", „für sich und seine Nachfolger die bindende Erklärung abgibt, daß er gegen die Lage der Dunggrube nichts einzuwenden habe", so hat er damit den bestehenden Zustand als einen rechtlichen anerkannt, diese Anerkennung ist aber gleichbedeutend mit Errichtung einer Servitut. Daß diese Erklärung, wie sie Seitens des Knittel „für sich und seine Nachfolger" abgegeben ward, nicht auch Seitens des Reinhardt auf „ihn und seine Nachfolger" gestellt ward, ist völlig gleichgültig, denn ganz abgesehen davon, daß der letztere Zusatz in dem sofort folgenden Passus des Vertrages, welcher die Verpflichtung des Gast-

Digitized by Google

meyer in Bezug auf das Geländer normirt, ausdrückliche Aufnahme gefunden hat, wodurch die Willensrichtung beider Contrahenten auf Begründung eines nicht bloß persönlichen, sondern dauernden sachlichen Verhältnisses außer allen Zweifel gesetzt wird, so hat auch bekannten Rechtsgrundsätzen zufolge derjenige, welcher für sein Grundstück eine Servitut erwirbt, nicht noch erst nöthig, den Uebergang derselben auf seine Nachfolger zu stipuliren. Der Inhalt des Vertrages zeigte, daß es sich hier um die rechtliche Feststellung eines dauernden Zustandes des Grundstückes handelte, und wenn dabei auch der Name der Prädialservitut gar nicht gebraucht und die Erstreckung derselben auf die Nachfolger gar nicht verabredet ward, so charakterisirte sich doch sachlich der Vertrag als Bestellung einer Prädialservitut.

Wenn der Kläger den Inhalt seiner damals gemachten Concession durch eine restrictive Interpretation so zu beschränken gedenkt, daß er sich nur mit der „Lage" der Mistgrube einverstanden erklärt habe, nicht aber mit den durch ihre üble Beschaffenheit, bez. den Mangel einer wasserdichten Ausfütterung bewirkten nachtheiligen Einwirkungen auf sein Grundstück, so bedarf die Unhaltbarkeit dieser Interpretation keines näheren Nachweises. Gerade die Lage der Mistgrube ist es welche ihn den nachtheiligen Immissionen aussetzt, über die er sich beschwert; befände sich die Mistgrube in angemessener Entfernung von seinem Grundstück, so würde sie für ihn gar keine Wirkungen äußern. Indem er auf sein Einspruchsrecht gegen diese bedenkliche Nähe verzichtete, unterwarf er sich damit allen Uebelständen, welche aus letzterer sich ergaben. Die „schlechte Beschaffenheit" der Mistgrube war damals eben so gut vorhanden, wie jetzt; eine dem Beklagten zur Last fallende Aenderung derselben hat Kläger nicht zu behaupten vermocht.

Erkenntniß in Sachen Knittel ca. Gastmeyer wie zur vorigen Nr. näher angegeben.

III. Nachbarrecht. — Servituten. — Collision des älteren Pfandrechts mit einer jüngeren vertragsmäßig bestellten und beziehungsweise einer jüngeren ersessenen Servitut.

1) **Der Pfandgläubiger braucht sich die vertragsmäßige Bestellung einer Servitut an seinem Unterpfand, soweit dadurch der Werth des letzteren geschmälert wird, nicht gefallen zu lassen.**

Digitized by Google

2) **Die Entstehung einer Servitut durch Ersitzung wirkt dagegen auch gegen den älteren Pfandgläubiger.**
3) **Auch im ersteren Fall kann übrigens der Eigenthümer des dienenden Grundstücks aus der mangelnden Zustimmung des Pfandgläubigers zur Bestellung der Servitut seinerseits keinen Ungültigkeitsgrund gegen die Existenz der Servitut ableiten.**

In dem zu den vorigen Nummern angeführten Rechtsfall kam auch die Frage zur Erörterung, ob die gültige Existenz der Beklagterseits behaupteten Servitut, seine Dunggrube an der Nachbargrenze anzulegen, sowie eines andererseits von dem Kläger resp. Widerbeklagten behaupteten Ueberfahrtsrechtes über einen Theil des Nachbargrundstücks (einer sog. gemeinschaftlichen Auffahrt) durch die Zustimmung der Pfandgläubiger des jedesmal dienenden Grundstücks bedingt sei.

Die Gießener Juristenfacultät als Spruchcollegium ging bei der Lösung dieser Frage — im Referat von Ihering — von folgenden Rechtsgrundsätzen aus.

„Bei der Widerklage (auf Unterlassung der Auffahrt über widerklägerisches Gelände) ist Seitens des Widerklägers die mangelnde Zustimmung der hypothekarischen Gläubiger als Ungültigkeitsgrund gegen den Vertrag über die Auffahrt vorgeschützt worden. Gegen die Gültigkeit der in der Vorklage zur Frage stehenden Servitut (Recht des Beklagten auf Anlegung der Dunggrube an der Nachbargrenze) ist dies von Seiten des Klägers nicht geschehen, und es würde dieß auch ohne Erfolg gewesen, da nämlich

1) die Befugniß des Eigenthümers zur Errichtung von Servituten durch die Bestellung von Pfandrechten nur insofern eine Beschränkung erleidet, als die Pfandgläubiger sich diese Servituten, so weit sie den Werth der Sache schmälern, nicht gefallen zu lassen brauchen — ein Recht, dem der Besteller selber begreiflicherweise keinen Einwand entnehmen kann; und da
2) selbst wenn dies der Fall wäre, zu der unter dieser Voraussetzung unwirksamen Errichtung durch Vertrag in der Ersitzung ein zweiter Grund hinzugekommen wäre, der gegen die Gläubiger dieselbe Geltung hat, wie gegen den Herrn des dienenden Grundstücks.

Da besondere Gesetze über Ersitzung von Servituten an Bündereien in Mecklenburg-Schwerin nicht existiren, so kommen im vorliegenden Fall die gemeinrechtlichen Grundsätze zur An-

Digitized by Google

wendung. Daß ihnen zufolge die Servitut des Beklagten, an der angegebenen Stelle neben dem Grundstück des Klägers eine Mistgrube zu haben, selbst wenn sie durch Vertrag nicht entstanden wäre, durch Ersitzung begründet sein würde, bedarf nicht des Nachweises, indem die Voraussetzung der Ersitzung: zehnjähriger Bestand der Anstalt nec vi, nec clam, nec precario hier offen vorliegt. Daß aber die Ersitzung der Servituten auch gegen die hypothekarischen Gläubiger wirkt, wird unten gezeigt werden".

In Bezug auf diese letztere Frage heißt es dann später bei der Entscheidung über die Widerklage:

„ . . . Auch das Recht der hypothekarischen Gläubiger steht der Ersitzung der Servituten ebensowenig entgegen wie dem Untergange derselben durch nonusus. Entgegengesetzten Falls würde der Grundeigenthümer es in seiner Hand haben, durch Bestellung irgend einer unbedeutenden Hypothek sich für immer gegen die Gefahr, welche die genannten beiden Rechtsthatsachen für ihn in sich schließen, sicher zu stellen. Nur eine in seinem freien Entschluß ihren Grund habende Verringerung seines Rechts ist ihnen unpräjudicirlich, jede Verringerung dagegen, welche ohne oder gegen seinen Willen eintritt, wirkt so gut gegen sie wie gegen ihn; das Gegentheil würde ein Privilegium für sie involviren, für dessen Annahme es an jedem Anhalt fehlt. Einen quellenmäßigen Beleg dafür gibt das Verhältniß bei Nichtleistung der cautio damni infecti Seitens des Verpfänders.
l. 12 de damn. inf. (39. 2), cf. l. 10 ibid.

Es gilt also rücksichtlich ihrer derselbe Unterschied zwischen freiwilligen und nothwendigen Veräußerungen, bez. Verlusten, der für die sonstigen Beschränkungen der Veräußerung so einflußreich wird. l. 1 pr. de fundo dot. (23. 5), l. 3 § 1, 2 de reb. eor. (27. 9), l. 17 Cod. de praed. min. (5. 71).

Erkenntniß in Sachen Knittel ca. Gartmeyer, wie zu Nr. I. angegeben.

IV. Superficiarrecht. — Wesentliche Merkmale einer Superficies. — Nichtverbaute Theile des Grundstücks als Pertinenzen der Superficies. — Gesetzliche Dauer und Umfang der Rechte des Superficiars, insbesondere Veräußerungsbefugniß.

1) **Die Ueberlassung eines Platzes zum Bauen und zum dauernden Benutzen des Gebäudes — auf immer oder auf längere Zeit — gegen Entrichtung eines Bodenzinses begründet ein superficiarisches Recht.**

Digitized by Google

2) **Wenn nicht eine bestimmte Zeitdauer verabredet ist, gilt die Superficies als auf ewige Dauer constituirt. Die Bestellung des Rechts auf jederzeitige Kündigung hebt den Begriff einer Superficies auf.**
3) **Unverbaute Theile des Grundstücks können als Pertinenzen des Gebäudes ebenfalls unter das superficiarische Rechtsverhältniß einbegriffen sein, und zwar ohne Rücksicht auf das Flächenverhältniß zwischen ihnen und dem Gebäude.**
Der Superficiar hat alsdann sowohl das Recht, diese Grundstückstheile als Pertinenz des Gebäudes zu benutzen, als auch dieselben beliebig nachträglich zu verbauen.
4) **Das superficiarische Recht ist im Zweifel frei veräußerlich.**

Zu Gadebusch in Mecklenburg-Schwerin besteht seit geraumer Zeit ein geselliger Verein, bald Societät, bald Klubgesellschaft genannt, welcher in dem dortigen Stadtholz ein eigenes Grundstück besitzt, worauf sich das Klublokal, eine Kegelbahn und Anlagen befinden. Das Grundstück gehört der Stadt zum Eigenthum und ist am Ende des vorigen oder Anfang des jetzigen Jahrhunderts vom Magistrat der Klubgesellschaft überlassen, welche dafür ursprünglich eine Recognition von 1 Rl. jährlich entrichtete, die aber im Jahre 1836 auf beiderseitiges Einverständniß um die Hälfte erhöht ward. Ueber die Schließung dieses Contractes besitzt die Gesellschaft nichts Schriftliches; die Natur des ihr an jenem Grundstück zustehenden Rechtes war seit dem Jahre 1864 Gegenstand eines Streites geworden, der im Jahr 1868 in dritter Instanz auf im Wege der Actenversendung eingeholtes Gutachten des Spruchcollegiums der Juristenfacultät der Universität Gießen von dem Oberappellationsgericht in Rostock entschieden worden ist. Während nämlich bis dahin die Gesellschaft selber sowohl als das Publikum gewohnt gewesen war, ihr an dem Grundstück ein festes, von der Kündigung des Magistrats unabhängiges Recht beizulegen, äußerte der damalige Bürgermeister sich um die genannte Zeit einzelnen Clubmitgliedern gegenüber dahin, daß dasselbe der Gesellschaft nur in Zeitpacht, nicht aber zu dinglicher Nutzungsbefugniß überlassen sei, und der Magistrat machte auf dieserhalb von dem Club an ihn gerichtete Anfrage diese Ansicht zu der seinigen. Die Gesellschaft beschloß darauf das bestrittene dingliche Recht auf dem Wege des Processes zur Geltung zu bringen.

Sie erhob bei der Justizkanzlei in Schwerin Klage gegen den Magistrat, insbesondere „auf Anerkennung eines an dem

Digitized by Google

Clubhause nebst Zubehör ihr zustehenden Nutzeigenthums". In erster Instanz wurde ihr Beweis auferlegt: daß der Magistrat zu der behaupteten Zeit den damaligen Mitgliedern der Gesellschaft das betreffende Grundstück „in einem Vertrag zum nutzbaren Eigenthum gegen Entrichtung einer jährlichen Recognition von 1 Rthlr. überwiesen habe". Auf beiderseitige Appellation erfolgte in zweiter Instanz ein Urtheil des Oberappellationsgerichts in Rostock, welches den Klägern das in Anspruch genommene Recht als superficiarisches zusprach. Hiergegen verfolgte der Magistrat weiteres Rechtsmittel und wurde von gedachtem Oberappellationsgericht die Juristenfacultät in Gießen mit Erstattung des erforderlichen Rechtsgutachtens beauftragt.

Aus dem letzteren (welches von Ihering als Referenten entworfen wurde und auf Bestätigung des angegriffnen Urtheils lautete) heben wir, mit Ausscheidung aller Fragen von specieller und secundärer Natur, die folgenden Ausführungen hervor, welche für die Lehre von der Superficies von allgemeinerem Interesse sind.

Zunächst wird im Allgemeinen bemerkt:

„Das angefochtene Erkenntniß geht von der Annahme aus, daß die Ueberlassung eines Platzes zum Bauen auf immer oder auf längere Zeit gegen Entrichtung eines Bodenzinses ohne weiteres das superficiarische Recht begründe, und daß dieses thatsächliche Verhältniß im vorliegenden Fall als zugestanden angenommen werden könne, und auch wir müssen uns damit vollkommen einverstanden erklären. Da es für die superficies eines schriftlichen Vertrages nicht bedarf, so genügte Seitens der Kläger die Behauptung, daß der Magistrat zu irgend einer Zeit das betreffende Grundstück gegen Entrichtung einer Grundsteuer zum Zweck eines darauf zu errichtenden Clublocals der Gesellschaft überlassen habe, und da diese Vereinbarung von dem Beklagten zugestanden worden ist, so war damit der wesentliche Thatbestand der superficies dargethan, so daß es der vom Richter erster Instanz beliebten Beweisauflage über die Ueberlassung des Grundstücks zum superficiarischen Recht nicht weiter bedurfte".

Beklagterseits werde dem entgegengehalten:

1) die Kläger hätten ein superficiarisches Recht in der Klage überall nicht beansprucht und erst in der Replik eine von der Superficies sprechende Quellenstelle dafür in Bezug genommen.

Hiergegen sei jedoch zu bemerken, daß selbst, wenn die Kläger in der rechtlichen Bezeichnung des Verhältnisses sich vergriffen hätten (wie sie denn wirklich auf die bei städtischen Erbpachtver-

Digitized by Google

hältnissen eventuell bei der römisch-rechtlichen Emphyteuse geltenden Normen provocirt), dies für die richterliche Beurtheilung Nichts verschlagen würde.

„Der Thatbestand der Superficies" — so heißt es weiter — „ist thatsächlich durch die Partie vollkommen ausreichend angegeben worden. Einmal nämlich mittelst Bezeichnung ihres Rechts als eines *dinglichen* auf *dauernde* Benutzung des von ihr errichteten *Gebäudes* und der Pertinenzen. Sodann durch Namhaftmachung des für das Grundstück jährlich zu entrichtenden Bodenzinses, welcher in den von der Stadtkämmerei seit einer langen Reihe von Jahren ausgestellten Rechnungen bald als „Recognition" bald als „Bodenmiethe", „Grundsteuer", „Grundzins", „Grundmiethe", und in den letzten 10 Jahren als „Miethe für das Societätsgebäude" oder als „Miethe für den Grund und Boden" figurirt.

Daß Kläger, wie Imploranat geltend macht, sich „stets ein Recht an *Grund und Boden* des Grundstücks vindicirt haben und zwar ohne Unterschied einzelner Theile desselben, also gleichviel, ob dieselben durch ein Gebäude bedeckt seien oder nicht", steht dem nicht entgegen. Denn daß das Recht eines Superficiars, wenn es nicht etwa bloß an dem *zur Zeit* stehenden Gebäude bestellt ist, so daß es mit letzterem untergeht, auch den Grund und Boden mit ergreift, geht zur Genüge daraus hervor, daß widrigenfalls ein superficiarisches Recht vor Aufführung des Gebäudes überall nicht gewährt werden könnte und daß es auch bei verabredeter *ewiger* Dauer mit Untergang des Hauses erlöschen müßte. Rücksichtlich der *nicht* bebauten Theile des obigen Grundstückes (s. u.) blieb aber den Klägern, wenn sie ihr Recht seinem Gegenstande nach bezeichnen wollten, gar keine Wahl, als als solchen den Grund und Boden zu nennen".

2) Beklagterseits werde weiter opponirt, das superficiarische Recht sei nicht zugestanden. Natürlich sei nun aber hier zunächst die prozessualische Verneinung des Verhältnisses „als eines superficiarischen Rechts" ganz gleichgültig, nur auf das Zugeständniß der concludenten Thatsachen, nicht der Conclusion, welche Sache des Richters sei, komme es an In Bezug auf jene Thatsachen sei aber:

a) völlig unerheblich, ob Beklagter anerkannt oder geläugnet habe, „daß der betreffende Platz im Stadtholz *lediglich* zum Zweck der Aufführung eines Gebäudes verpachtet sei". Genug, daß er die Berechtigung der Kläger zur Erbauung des Clublocals nicht bestritten habe; hiermit sei der Character des Verhältnisses als eines superficiarischen zur Genüge documentirt.

Digitized by Google

b) Auch daß Beklagter nicht zugestanden habe, daß er „den Platz von vornherein auf eine lange Zeit verpachtet habe", sei ohne Bedeutung. „Ergibt sich" — so entwickeln die Entscheidungsgründe hier weiter — „aus den vom Beklagten zugestandenen thatsächlichen Momenten, daß es hier auf eine Superficies abgesehen war, so hatte er, wenn er eine zeitliche Beschränkung derselben behaupten wollte, dieselbe anzugeben und zu beweisen; seine Sache war es, die Beschränkung der zeitlichen Dauer des Verhältnisses, nicht aber Sache der Kläger, die Erstreckung der zeitlichen Dauer desselben darzuthun, m. a. W. wenn bei der Superficies — und dasselbe gilt von der Emphyteusis, dem Pfandrecht und den Prädialservituten — eine bestimmte Zeit nicht verabredet ist, so gilt sie als auf immer beabsichtigt. Eine solche zeitliche Beschränkung hat Implorant nicht zu behaupten vermocht, denn wenn er sagt, daß der Platz „in Zeitpacht und auf jederzeitige Kündigung vom Magistrat verpachtet worden sei", so bestreitet er damit nicht sowohl die unbegränzte Dauer der superficies, als letztere selber. Eine superficies, die jeder Zeit, wenn es dem Grundherrn gefällt, gekündigt werden kann, ist eben keine superficies und es bedarf keiner Bemerkung, daß Niemand so thöricht sein wird, auf fremden Boden ein Haus zu setzen, das er sofort, wenn der Grundherr kündigt, wieder abbrechen oder im Stich lassen muß, oder für das er, wenn es letzterem beliebt, den Grundzins zu steigern, den zehn- und zwanzigfachen Betrag des ursprünglich bedungenen Grundzinses zahlen soll. Ein solches Verhältniß, wie Implorant es sich denkt, ist eine praktische Unmöglichkeit. Auf gemiethetem fremdem Grund und Boden wird nur derjenige bauen, der sicher ist, das Gebäude immer oder wenigstens eine gewisse Anzahl von Jahren behalten zu können.

3) Weiter war beklagterseits eingewendet worden: der vom judex a quo aufgestellte Gesichtspunkt der superficies passe nur für das von der Gesellschaft errichtete Gebäude; wenn die unbebauten Theile des Grundstücks als Pertinenzen des Gebäudes aufgefaßt würden, so sei dies wegen des großen Mißverhältnisses, welches zwischen dem Flächeninhalt beider bestehe — jene betrügen um etwa 18 Mal mehr, als dieses — höchst bedenklich, es müßte vielmehr für den unbebauten Theil des Grundstücks ein besonderer juristischer Gesichtspunkt aufgestellt werden. Auch sei es bei der ursprünglichen Ueberlassung des Grundstücks nicht sowohl auf Erbauung eines Gebäudes abgesehen gewesen, als auf Anlagen zum Zweck von „Sommervergnügungen", wobei es

Digitized by Google

aber der Clubgesellschaft unverwehrt geblieben sei, zur „angenehmeren Ausnutzung dieser Parthieen ein festes Gebäude aufzuführen". Beklagter bat demgemäß, daß in dem demnächstigen Erkenntniß „der von dem Clubgebäude nicht bedeckte Raum des Grundstücks als vom superficiarischen Recht nicht mit ergriffen anerkannt werde".

Wir lassen dahingestellt — so heißt es hierüber in dem Rechtsgutachten der Facultät, — aus welcher Quelle Implorant diese seine Kenntniß über den ursprünglichen Zweck des „festen Gebäudes" geschöpft hat, jedenfalls können wir dieser seiner Angabe Angesichts der Thatsache, daß die Gesellschaft ihre Versammlungen auch im Winter hält, keinen Werth beilegen, wir glauben vielmehr bei der Auffassung des Oberappellationsgerichts, welches in dem Gebäude die Hauptsache, in den Anlagen aber nur die Pertinenzen des Gebäudes erblickt, verbleiben zu sollen.

Die Möglichkeit eines derartigen Pertinenzverhältnisses ist in unseren Quellen mehrfach anerkannt, ohne daß dabei auf das Flächenverhältniß zwischen der Haupt- und Nebensache das mindeste Gewicht gelegt wurde.

> l. 198 de V. S. (50. 16) . . proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum sit urbanorum appellatione contineri. l. 91 § 5 de leg. III. (32) . . si hortum domus causa comparavit, ut amoeniorem domum ac salubriorem possideret aditumque in eum per domum habuit et aedium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur. l. 52 §. 3 de act. emt. (19. 1.)

Fiele das superficiarische Recht der Gesellschaft zusammen mit dem Gebäude, so würde sie letzteres weder in Zukunft erweitern dürfen, noch würde sie dies, wie sie es doch ohne Widerspruch von Seiten des Magistrats gethan hat, früher haben thun dürfen. Eben diese Befugniß der Gesellschaft, jeden beliebigen Theil des Grundstücks ohne Zustimmung des Beklagten zu Baulichkeiten verwenden zu dürfen, ist für sie von hohem Werth, und weit entfernt, ihr dem Antrage des Imploranten gemäß diese Befugniß abzusprechen, können wir nicht umhin, dieselbe hiermit für eine völlig zweifellose zu erklären.

4) Endlich hatte die Beklagte dagegen gravaminirt, daß die sententia a qua das superficiarische Recht „ganz allgemein ohne persönliche und zeitliche Beschränkung anerkannt habe". In Bezug auf diesen Punkt sagt das Spruchcolleg Folgendes:

Digitized by Google

„Die Superficies schließt die Veräußerungsbefugniß in sich. Eine ausdrückliche Beschränkung derselben ist nirgends vom Imploranten behauptet, eine stillschweigende sucht er zwar zu deduciren, indem er auf die Inconvenienzen hinweist, welche mit einer Veräußerung des Grundstücks an Private z. B. einen Schenkwirth verbunden sein würden, allein diese Deduction bedarf keiner Widerlegung. Indem der Magistrat das betreffende Grundstück der Gesellschaft zum superficiarischen Recht überließ, willigte er damit in alle Consequenzen dieses Rechts ein, wozu nach den Gesetzen auch die freie Veräußerlichkeit gehört. Der Realcredit der Gesellschaft würde, wie Implorat richtig bemerkt, so gut wie aufgehoben sein, wenn die Gläubiger derselben nicht die Sicherheit hätten, das Grundstück derselben eventuell veräußern zu können. Daß das klägerische Recht im Fall der Aufhebung oder Auflösung der Gesellschaft oder gar im Fall einer wesentlichen Aenderung des Vereinsstatuts erlöschen müsse, ist eine durch nichts gerechtfertigte Behauptung.

Ueber die angebliche zeitliche Beschränkung des klägerischen Rechts ist bereits oben sub 2, b. das Erforderliche gesagt".

Erk. des Oberappellationsgerichts in Rostock auf eingeholten Rath der Juristenfacultät in Gießen in Sachen der Mitglieder der Clubgesellschaft zu Gadebusch, Kläger, Aanten, Aaten, jetzt Restitutionsimploraten gegen den Magistrat daselbst, Beklagten, Aaten, Aanten, jetzt Restitutionsimploranten, wegen Beeinträchtigung possessorischer und dinglicher Rechte (1868).

A. W.

V. Servituten-Ersitzung. — Rechtliche Erfordernisse der Ersitzung einer servitus discontinua, insbesondere einer Mastberechtigung, und Umfang des prozessualischen Beweisthemas für eine solche Erwerbsart.

1) **Zum Beweise der Ersitzung einer** servitus discontinua **genügt es, wenn die Ausübung am Anfang und am Ende der Ersitzungszeit und daneben eine Anzahl Ausübungshandlungen in der Zwischenzeit erwiesen werden; wie viele der letzteren nöthig sind, hat der Richter nach der Natur**

Digitized by Google

der betreffenden Berechtigung und nach den Umständen zu beurtheilen.

2) **Die negative Qualification, daß die Ausübung** nec clam, nec vi, n. pr. **stattgefunden habe, braucht nicht besonders erwiesen zu werden.**

3) **Das Vorhandensein der Absicht, die Handlungen als Recht auszuüben, kann aus der Gesammtbeschaffenheit der erwiesenen Ausübungsakte dargethan werden*.**

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsadvocaten Dr. Koch in Darmstadt.

Die Gemeinden Eckartshausen, Himbach, Langenbergheim und Altwiederums nahmen klagend gegen die kurhessische Gemeinde Hüttengesäß eine Mastberechtigung in Anspruch, die ihnen in dem von der Beklagten besessenen, sogenannten Häuser Wald zustehe, ohne einen Erwerbstitel hierfür anzuführen, die Beklagte bestritt dieses Recht und Großherzogliches Landgericht Altenstadt auferlegte der klagenden Seite Beweis dahin: „daß den in der Klage benannten 4 Gemeinden, als solchen, das beanspruchte Mastungsrecht in dem von der Beklagten besessenen Wald, dem sogenannten Häuser Wald zustehe".

Klagende Gemeinden benannten hierfür viele Zeugen, wovon die meisten noch Ortsbürger dieser Gemeinden, welche, nachdem sie, weil Auszüger und keine Schweine mehr haltend, land- und hofgerichtlich zugelassen worden waren, abgehört wurden. Sie bezeugten um Theil, daß sie, als sie noch in die Schule gegangen, den Schweinhirten der betreffenden Gemeinden Schweine der klagenden Gemeinden in den Häuser Wald zur Mast hätten treiben helfen, zum Theil, daß sie in gleichem Alter ein solches Eintreiben gesehen und dergleichen, — von Gemeindeangehörigen auch gehört hätten, daß den klagenden Gemeinden ein Mastungsrecht zustehe. Eine Vergleichung ihres Lebensalters zur Zeit der Abhör mit ihrem schulpflichtigen Alter ergab als Resultat, daß diese Wahrnehmungen während der Zeitperiode von 1798 bis 1845, mit Ausnahme von nur 4 Jahren, in einem jeden der verbleibenden 43 Jahre gemacht worden sein sollten, und die Frage kam zur Entscheidung, ob hierdurch Erwerb durch ordentliche oder außerordentliche Ersitzung erwiesen sei.

Für Verneinung der Frage wurde vorderſamst an- und ausgeführt, daß, weil hier nicht eine gewöhnliche servitus discontinua, sondern eine solche in Frage stehe, die bekanntlich nur in exceptionellen Jahren, wenn Eicheln und Bucheln in zureichender Menge

* Vgl. hierzu auch die Darmst. O.-A.-Gerichts-Entscheidung in Seuffert's Archiv, B. 9 Nr. 134.

Digitized by Google

vorhanden seien (Mastjahren) exercirt werde und werden könnte, nur unvordenkliche Ersitzung (Cramer Nebenstunden Theil 14 St. 3, Brunnemann Commentar ad l. 14. D. de servit. u. a. m.) platzgreiflich sei. Wolle man aber auch — wurde eventuell beigefügt — ordentliche und außerordentliche Ersitzung für zulässig erachten, so sei der Beweis der einen, wie der andern verfehlt, einmal, weil es notorisch während der 47jährigen Zeitperiode von 1798 bis 1845 keine 43 Mastjahre gegeben habe, zum andern, weil sowohl der Beweis, das bezeugte Eintreiben sei opinione juris erfolgt, als auch der fehle, daß es domino sciente (Thibaut Besitz und Verjährung II. §. 36) erfolgt sei. Letzterwähnter Defect sei um so erheblicher, als es sich vorliegend um Ersitzung inter absentes handle. Außerdem sei nicht bezeugt, daß das Eintreiben der Schweine in 20 respie 30 hintereinander folgenden Mastjahren geschehen und Namens der 4 Gemeinden geschehen sei und nebenbei auch das Bezeugte nur von Ortsbürgern der klagenden Gemeinden und solchen, die es gewesen, also von betheiligten Personen bezeugt.

Durch Landgerichtsbescheid vom 5. Mai 1865 wurde der Beweis bis zum Erfüllungseid für erbracht erkannt, und nach den Entscheidungsgründen beruhte diese Entscheidung auf der Annahme, es seien durch die Zeugen sämmtliche Erfordernisse des Erwerbs durch ordentliche und außerordentliche Ersitzung über die Hälfte erwiesen.

Diese Entscheidung wurde in 2r und 3r Instanz bestätigt, und hier inhaltlich der Entscheidungsgründe (Gutachten) angenommen:

a) Eine Mastungsberechtigung könne, wie jede servitus discontinua durch ordentliche wie außerordentliche Ersitzung erworben werden.

b) Daß das Mastrecht an 20 resp. 30 hintereinander folgenden Mastjahren ausgeübt worden, sei nicht erforderlich, vielmehr genüge es, wenn außer der Ausübung am Anfang und Ende der Verjährungszeit resp. des Beweises derselben auch der Nachweis von Ausübungshandlungen in der Zwischenzeit geliefert würde; wie viele, sei nach der Natur und Beschaffenheit der betreffenden Berechtigung und den Umständen vom Richter zu beurtheilen. Vorliegend sei theils durch verdächtige-, theils durch classische Zeugen bezeugt, daß vom Jahre 1798 bis 1845 mit Ausnahme der Jahre 1803, 1804, 1806 und 1825 alljährlich die Schweine der 4 Gemeinden durch deren Hirte in den fraglichen Wald zur Mast getrieben worden seien, und dieses genüge in unterstellter Beziehung mindestens für halben Beweis.

Digitized by Google

c) Die Frage über scientia domini sei zwar streitig, die Ansicht jedoch die richtige, daß sie nicht, und nur soviel erfordert werde, daß die Servitut die erforderliche Zeit nec clam, nec vi, nec precario ausgeübt worden, resp. daß ein besonderer Beweis hinsichtlich dieser negativen Qualification nicht erforderlich sei.

d) Allerdings müßten die Handlungen als ein Recht ausgeübt sein, allein der animus juris exercendi bedürfe keines wörtlichen oder symbolischen Ausdrucks durch Erklärung, vielmehr komme es auf die Gesammtheit der von dem Beweisführer dargelegten Ausübungsacte und darauf an, ob diese jenen animus gehörig erkennbar machten, und in dieser Richtung sei Genügendes bezeugt.

Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Darmstadt in der oben angeführten Rechtssache.

VI. Servituten-Ersitzung. — Beweis derselben durch den Haupteid, insbesondere bei servitus discontinua.

Auf welche Zeiträume und Thatsachen ist der Erfüllungseid für den Beweis der Ersitzung einer servitus discontinua zu richten, namentlich mit Rücksicht auf das bereits erbrachte Beweismaterial und im Hinblick auf mehrere Schwurdeputirte?

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsadvocaten Dr. Koch in Darmstadt.

Der Anwalt der 4 klagenden Gemeinden benannte in der zur vorigen Nummer erwähnten Rechtssache sofort für eine jede Gemeinde 3 Schwurdeputirten, beantragte Schwurtermin und Eidesformel dahin: „ich schwöre, daß ich nicht anders weiß und sorgfältiger Erkundigung ohnerachtet nicht anders überzeugt bin, als daß die von mir vertretene Gemeinde, als solche, die Mastberechtigung im Häuser Wald ersessen habe". Allein das Landgericht firirte nach vorgängiger Verhandlung den Eid dahin: „ich schwöre, daß ich nicht anders weiß und nach sorgfältig eingezogener Erkundigung nicht anders glaube, als daß die von mir vertretene werdende Gemeinde X als solche, von den 1790r Jahren bis zu den 1840r Jahren die Mast mit Schweinen während eines Zeitraums von 20 Jahren öfter weder heimlich, noch gewaltsam, noch bittweise in dem Häuser Wald als Recht ausgeübt hat".

Digitized by Google

Hiergegen Beschwerde an Großherzogliches Hofgericht Gießen, weil der Eid, wie er fixirt sei, weder dem Richter noch der Parthie Garantie gebe, daß die zur Ersitzung erforderlichen, nur bis zum Erfüllungseide erwiesenen Besitzhandlungen, und welche, auch beschworen würden. Entweder das, was in befragter Richtung bis zum Erfüllungseid als erwiesen angenommen worden sei und zu diesem geführt habe, d. h. daß vom Jahr 1798 bis 1845, mit Ausnahme der Jahre 1803, 1804, 1806 und 1825, jedes Jahr die fragliche Mast ausgeübt worden sei, sei zu beschwören, oder die zu beschwörenden 20 Jahre müßten speciell in die Eidesformel aufgenommen werden. Das Wort „öfters" sei jedenfalls zu unbestimmt, auch biete die fixirte Eidesformel keine Garantie, daß der Eid aller Schwurdeputirten auf dieselbe Zeit resp. Jahre gerichtet sei.

Durch Hofgerichtsurtheil vom 8. Nov. 1866 wurden dem in der Eidesformel enthaltenen Worte „öfters" die Worte substituirt: „und zwar am Anfang und Ende derselben, sowie zu wiederholten Malen und zu verschiedenen Zeiten während der Zwischenzeit, sofern Gelegenheit zur Ausübung durch das Vorhandensein genügender Mast vorgelegen", im Uebrigen aber die unterrichterliche Eidesformel bestätigt.

Die hiergegen wegen ungenügender Abhülfe bei Großherzoglichem Oberappellationsgericht in Darmstadt erhobene Beschwerde wurde am 26. Januar 1867 verworfen; das Gutachten sagt hierüber im Wesentlichen:

Die Frage: kann die Beklagte verlangen, daß sämmtliche Besitzhandlungen, welche in dem Zeitraum von 1798 bis 1845 während eines jeden Jahrs von der klägerischen Seite ausgeübt und als bis zum Erfüllungseide erwiesen erkannt worden sind, von den Schwurdeputirten eidlich erhärtet werden? sei zu verneinen, denn es handle sich hier von dem Erwerbe eines Mastrechts durch ordentliche Ersitzung inter absentes, wozu nur eine Ausübung während 20 Jahren erforderlich. Ueberdieß sei es, da hier von einer servitus discontinua die Rede sei, nicht nöthig, daß die Ausübung in einem jeden Jahre während der Ersitzungszeit stattgefunden haben müsse, weil dieses Recht seiner Natur nach anerkannt nicht in jedem Jahr exercirt werden könne. Es genüge vielmehr, wenn die Ausübung nicht nur am Anfang und am Ende der Ersitzungszeit, sondern auch in der Zwischenzeit dergestalt stattgehabt habe, daß sich eine größere Zahl von Besitzhandlungen über die Ersitzungszeit vertheile. Wende man diese Sätze auf den Fragefall an, so ergebe sich von selbst, daß der

Digitized by Google

Producent, obwohl er die Ausübung des fraglichen Mastrechts während 47 Jahren bis zum Erfüllungseid nachgewiesen habe, nicht verpflichtet sei, den unvollständigen Beweis dieser 47jährigen Ausübung eidlich zu ergänzen. Ferner ergebe sich von selbst, daß der Producent nicht einmal die Thatsache, daß er während eines Zeitraums von 20 Jahren in jedem Jahre das fragliche Mastrecht ausgeübt habe, zu beschwören verbunden sei.

Auch die Besitzhandlungen, deren Beweis noch durch Ableistung des Erfüllungseides zu ergänzen sei, seien in der Eidesformel genügend bestimmt, und der hiergegen erhobene Einwand, durch den Eid, wie er fixirt sei, werde zur rechtlichen Gewißheit nicht erhoben, während welchem Jahre Besitzhandlungen stattgefunden hätten, sei unbegründet, denn es sei bis zum Erfüllungseide dargethan, daß die klagenden Gemeinden vom Jahre 1789 bis 1845 mit Ausnahme von vier Jahren in jedem Jahre das Mastrecht ausgeübt hätten, demnach müsse den klagenden Gemeinden freistehen, zu beschwören

a) entweder, daß der 20jährige Zeitraum der Rechtserwerbung mit dem Jahre 1798 begonnen und mit dem Jahre 1818 geendigt, oder daß er mit dem Jahre 1815 begonnen und mit dem Jahre 1835 geendigt, oder daß er in irgend einem bestimmten andern, in die Periode von 1789 bis 1845 fallenden Jahre, in welchem nach den Zeugenaussagen Besitzhandlungen vorgenommen worden seien, seinen Anfang resp. Ende erreicht habe;

b) oder, daß während 20 Jahren das fragliche Recht ausgeübt worden sei, gleichviel in welches der in die Periode von 1789 bis 1845 fallenden Jahre, in denen nach den Zeugenaussagen Besitzhandlungen vorgenommen worden seien, man den Anfang resp. das Ende dieses 20jährigen Zeitraums verlegen wolle.

Eben daher erscheine es auch dem Rechte gemäß, wenn das jud. a quo in fraglicher Beziehung das Recht des Producenten, sich für die eine oder die andere der erwähnten Alternativen zu entscheiden, durch die Eidesformel nicht beschränkt habe. Erkläre sich aber Producent für die eine oder die andere Alternative und werde solche beschworen, dann fehle es auch nicht an der rechtlichen Gewißheit darüber, während welcher Jahre Besitzhandlungen stattgefunden hätten. Der Eid aller Schwurdeputirten sei dann auf dieselbe Zeit gerichtet, und der Richter erfahre, welche Jahre mit dieser Zeit gemeint seien, eben so die Beklagte.

Auch die Zahl der zur Ersitzung erforderlichen Besitzhandlungen werde durch Ableistung des formulirten Erfüllungseides zur rechtlichen Gewißheit erhoben, denn es könne

Digitized by Google

a) nicht verlangt werden, daß eine Minimalzahl der Besitzhandlungen, welche in jedem Jahre der Ersitzungszeit ausgeübt sein müsse, in der Eidesformel von dem Richter zu bestimmen sei. Das gemeine Recht verlange zwar einen diuturnus usus, dieser hänge jedoch selbstverständlich nicht blos von einer Mehrheit von Besitzhandlungen, sondern, als diuturnus, zugleich davon ab, daß die Besitzhandlungen während einer längeren Zeit ausgeübt worden seien. Diese Zeit sei auf 10, beziehungsweise 20 Jahre bestimmt. Die Zahl der Besitzhandlungen sei dagegen überhaupt nicht, und eben darum auch keine Minimalzahl gesetzlich bestimmt, da Besitzhandlungen ja nach der Natur der fraglichen servitus discontinua in einer bestimmten Zeit häufiger oder weniger zur Ausübung kommen könnten. Es müsse darum deßfalls das richterliche Ermessen entscheiden. Ganz demgemäß habe auch

b) das jud. a quo die für die Ersitzung gesetzlich bestimmte Zeit in der Eidesformel bezeichnet, dagegen, was die Zahl der Besitzhandlungen betreffe, ausdrücklich die eidliche Erhärtung darüber verlangt, daß das Mastrecht am Anfang und Ende dieser Zeit und zu wiederholten Malen und verschiedenen Zeiten während der Zwischenzeit ausgeübt worden sei, also, daß sich eine größere Zahl von Besitzhandlungen über die ganze Ersitzungszeit vertheilt habe. Nach den in die Eidesformel aufgenommenen Worten: „insofern Gelegenheit zur Ausübung durch das Vorhandensein genügender Mast vorgelegen", sei auch dem Urtheil der Schwurdeputirten nichts überlassen, denn durch diese Worte habe nicht die Ausübung der Dienstbarkeit in der zwischen Anfang und Ende der Ersitzungszeit fallenden Zwischenzeit, sondern nur die Unterbrechung dieser Ausübung von dem Mangel genügender Mast abhängig gemacht, folglich gerade ausgedrückt werden solle, daß die Ausübung, wenn genügende Mast vorhanden gewesen, eine fortgesetzte, mithin — soweit es nach der Natur der vorliegenden Dienstbarkeit möglich — eine continuirliche gewesen. Gerade weil eidlich erhärtet werden solle, daß auch in der Zwischenzeit, wenn genügende Mastfrüchte vorhanden gewesen, die Servitut wiederholt und in verschiedenen Zeiten zur Ausübung gekommen, also in diesem Sinne eine fortgesetzte gewesen sei, liege in der Ableistung des wie angegeben formulirten Erfüllungseides eine Garantie für das Dasein einer zur Ersitzung genügenden Ausübung.

Nach Rückkunft der Acten erhielten, gegründet auf die oberstrichterlich der Eidesformel gegebene Auslegung und den darauf basirten Antrag der Beklagten, nicht, wie beantragt, die klagenden Gemeinden, sondern die schon vor fixirter Eidesformel

Digitized by Google

benannten Schwurdeputirten die richterliche Auflage, sich zu erklären, bezüglich welcher der in die Zeitperiode von 1798 bis 1845 fallenden 20 Jahre sie schwören wollten; sie entschieden sich sofort sämmtlich für die Zeitperiode von 1798 bis 1818, und der Rechtsstreit endigte durch Landgerichtsbescheid vom 5. Juli 1868 zu Gunsten der 4 klagenden Gemeinden, nachdem die Schwurdeputirten, zwölf in den Rechten unerfahrene, schlichte Landleute, jenen wie oben formulirten Eid abgeleistet hatten.

Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Darmstad vom 26. Jan. 1867 in der zu Nr. V. angeführten Rechtssache.

VII. Servituten-Ersitzung. — Begriff der Clandestinität in der Ausübung.

Die Ausübung einer Servitut ist nicht schon dann eine „heimliche", wenn sie „ohne Vorwissen" des Eigenthümers des praed. serv. erfolgt, sondern nur dann, wenn sie dem letzteren „verheimlicht worden ist". — Jene Wissenschaft des Eigenthümers ist überhaupt nicht Bedingung für die Servitutenersitzung.

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsadvocaten Dr. Koch in Darmstadt.

In dem obigen Rechtsfall (Nr. V. VI.) wurde den Worten der Eidesformel „nicht heimlich (non clam)" in den drei Instanzen ausdrücklich die Deutung gegeben: „daß die Ausübung des Mastrechts dem Eigenthümer nicht verheimlicht worden sei". Es erscheine unzulässig — sagt das oberstrichterliche Gutachten — diesen Worten die Deutung „mit Vorwissen des Eigenthümers des praed. servientis" zu geben. Die Behauptung: daß nach den gesetzlichen Bestimmungen über den Verlust des Besitzes (frg. 3 §. 7 und 8, .rfg 6 §. 1, frg. 7, 25 §. 2, frg. 46 D. 41. 2) der Besitz einer unbeweglichen Sache erst dann verloren werde, wenn der Besitzer — nachdem er Wissenschaft davon erlangt, daß ein Dritter von dieser unbeweglichen Sache Besitz ergriffen habe — sich hierbei, statt den Ergreifer sofort abzutreiben, beruhigt habe, und daß consequenter Weise diese von der vera poss. geltende Bestimmung auch analog auf die juris quasi possessio Anwendung leiden müsse, verdiene keine Billigung, denn die erwähnten Vorschriften über Verlust der vera possessio enthielten eine Ausnahme von der allgemeinen Regel über Besitzesverlust und ließen eine analoge Anwendung nicht zu.

Digitized by Google

Auch das aus c. 2. C. 3, 34 verb: „eo sciente“ entnommene Argument sei unstichhaltig; denn aus dieser Constitution folge nach der richtigen Auslegung nur das, daß von dem Vitium der Clandestinität der quasi possessio keine Rede sein könne, wenn der Eigenthümer des praed. servientis Kenntniß von der Ausübung habe. Hieraus dürfe aber, zumal die c. 2 cit. ein Rescript sei, durchaus nicht gefolgert werden, daß nun überall Clandestinität des Besitzers vorliege, wo der Eigenthümer von jener Ausübung keine Kenntniß gehabt habe, indem es selbstverständlich sehr wohl möglich sei, daß die Ausübung auch ohne Verheimlichung (non clam) vor dem Eigenthümer stattgehabt haben könne, und daß letzterer gleichwohl keine Wissenschaft von derselben erlangt habe. Somit sei das Erforderniß „non clam“ nicht dahin, daß die Ausübung „mit Wissenschaft“ des Eigenthümers des dienenden Grundstücks stattgefunden haben müsse, sondern nur dahin zu verstehen, daß die Ausübung dem Eigenthümer nicht verheimlicht worden sei.

Entscheidung des Oberappellationsgericht in Darmstadt vom 26. Januar 1867.

VIII. Actio de recepto.

Der Gastwirth haftet, sobald er den Gast recipirt hat, für sämmtliche — gleichviel ob gewöhnliche — Effecten desselben ohne besondere Vereinbarung*.

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsrath L. Hallwachs in Darmstadt.

Im Lauf des Jahres 1865 wurden einem Reisenden in einem Darmstädter Gasthofe aus seinem Zimmer eine bedeutende Anzahl von Uhren entwendet. Der Urheber des Diebstahles — ein mit dem Bestohlenen gleichzeitig eingekehrter Gast — wurde zwar mit größter Wahrscheinlichkeit ermittelt, aber ohne Erfolg steckbrieflich verfolgt. Der Bestohlene belangte hierauf mit der actio de recepto den Gastwirth und verlangte klagend den Ersatz des auf 3933 fl. geschätzten Werthes der Uhren nebst Zinsen. Die Klage wurde in erster und zweiter Instanz für an sich begründet erkannt und dem Kläger Beweis dahin auferlegt:

---

* Vgl. Archiv f. pr. Rw. N. F. Bd. V. S. 280.

Digitized by Google

daß er am 8. December 1865 oder doch um diese Zeit als Gast in dem Wirthshause des Beklagten logirt habe, daß er dabei die in der Anlage 1 der Klage ihren Nummern nach verzeichneten Uhren in sein ihm zum Bewohnen angewiesenes Zimmer eingebracht habe und daß diese Uhren dort gestohlen worden seien oder daß der Beklagte dem Kläger gegenüber in rechtsverbindlicher Weise anerkannt habe, daß er schuldig sei, den eingetretenen Verlust zu ersetzen oder versprochen habe, den Kläger schadlos zu halten

während dem Beklagten nach Maßgabe der Verhandlungen Beweis dahin nachgelassen wurde:

daß der Kläger auf Geltendmachung seiner Forderung verzichtet habe.

In dritter Instanz erhob Beklagter eine Reihe von Beschwerden, die indessen -- mit einer Ausnahme — sämmtlich verworfen wurden.

Die erste Beschwerde des Beklagten war dahin gerichtet, daß die Klage nicht als unbegründet resp. wie angebracht abgewiesen worden, weil in derselben nicht eine Vereinbarung über die Reception der fraglichen Uhren behauptet sei. Die Beschwerde wurde verworfen und enthält das erstattete Gutachten in dieser Beziehung folgende Ausführungen: „Beklagter stützt sich darauf, bei dem receptum, welches dadurch zum Abschlusse komme, daß der Wirth den Gast empfange, ihm ein Zimmer anweise und sein Gepäck aufnehme, werde zwar angenommen, daß der Wirth für die Effecten, welche üblicher Weise der Reisende bei sich führe, wie Kleider, Weißzeug u. s. w. haften müsse, auch wenn er solche im Einzelnen nicht gesehen habe. Habe aber der Gast außergewöhnliche Effecten bei sich, und wolle er, daß der Wirth ihm auch hiefür haften solle, so müsse er sich mit Letzterem diesfalls besonders vereinbaren. Eine solche Vereinbarung liege nicht vor, der Beklagte habe davon, daß Kläger Uhren für 4000 fl. bei sich habe, gar nichts gewußt, folglich auch in deren Reception nicht einwilligen können, die Uhren seien, wenn auch inferirt, doch nicht vom Beklagten recipirt worden. — Diese Argumentation des Beklagten ist aber unhaltbar. Das receptum ist ein Vertrag, dessen Inhalt gesetzlich normirt ist, und der so lange maßgebend bleibt, als nicht durch Vereinbarung der Paciscenten eine Modification bestimmt worden ist. Windscheid Pandecten §. 384 Note 7. Nach dieser Norm haftet der Wirth für alle von den Reisenden inferirten Effecten, gleichviel, ob sie ihm namentlich angegeben und vorgezeigt

Digitized by Google

worden sind oder nicht. fr. 1 §. 8 D. 4, 9. Glück Comm. Bd. VI. §. 491. Eben daher bedarf es auch nicht erst einer besonderen Vereinbarung, wenn der Wirth für gewisse sogenannte außergewöhnliche Effecten, wie für zum Verkaufe bestimmte Waaren, welche der Reisende in seinem Gepäcke bei sich führt, haften soll, indem das Gesetz „quamcumque rem sive mercem" (fr 1 §. 6 D eodem) als Gegenstand bezeichnet, dessen custodia der Wirth übernimmt. Und wenn Beklagter sich darauf beruft, daß das receptum, als Vertrag, ohne Consens nicht zu Stande komme, und der Wirth, ohne daß er die außergewöhnlichen Effecten des Reisenden kenne, in deren Reception nicht einwilligen könne, so beweist dieser Einwand, durch welchen die dem Gesetze fremde Unterscheidung zwischen üblichen und außergewöhnlichen Reiseeffecten ihre Begründung finden soll, in der That zu viel und darum, nach Regeln der Logik, nichts. Denn wäre es nöthig, daß der Wirth vor Allem die Reiseeffecten kenne, damit er in deren Reception einzuwilligen im Stande sei, so würde dieses ebenso von den üblichen, wie von den außergewöhnlichen Reiseeffecten gelten müssen, was Beklagter doch selbst nicht behauptet. Ist aber, wie Beklagter selbst anführt, das receptum als geschlossen anzusehen, sobald der Wirth den Gast empfangen, ihm ein Zimmer angewiesen und dessen Gepäcke in sein Haus aufgenommen hat, so ist es auch so anzusehen, als habe der Wirth in die Reception dieses Gepäcks, ohne Rücksicht darauf, ob es übliche oder außergewöhnliche Reiseeffecten enthalte, eingewilligt, und es tritt hiervon nur dann eine Ausnahme ein, wenn der Wirth ausdrücklich bei der Aufnahme sich die Garantie verbeten und der Reisende sich damit zufrieden gestellt hat. (fr. 7 in fine D. eodem. Keller Pandecten §. 344.) Es hat also nicht — wie der Beklagte meint — der Gast nöthig, mit dem Wirthe eine besondere Vereinbarung darüber zu treffen, daß er sogenannte außergewöhnliche Reiseeffecten recipire, sondern es muß vielmehr umgekehrt der Wirth, wenn er für gewisse Effecten des Gastes nicht haften will, hierüber bei Aufnahme des Gastes sich mit diesem sofort vereinbaren. Der angebliche Mangel der Klagbegründung ist daher nicht aufzufinden." —

Erkenntniß Großherzoglichen Ober-Appellations- und Cassationsgerichts zu Darmstadt vom 31. März 1868 i. S. des Gastwirths G. Schmidt zu Darmstadt Beklagten, Oberappellanten gegen Franz Holtschneider aus Spellen bei Wesel, Kläger, Oberappellaten, Forderung betr.

Digitized by Google

IX. Actio de recepto.

Mittelst der actio de recepto kann der Wirth auf Schadensersatz für die entwendeten oder beschädigten Effecten des Gastes belangt werden.

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsrath Hallwachs in Darmstadt.

Eine weitere Beschwerde in dem sub Nr. VIII. mitgetheilten Falle war dahin gerichtet: daß die Klage nicht als unbegründet resp. wie angebracht darum abgewiesen worden, weil der Klage, als actio de recepto das richtige Petitum und, als Schadensersatz-Klage die hinreichende thatsächliche Begründung, nämlich die Behauptung fehle, daß Beklagter den fraglichen Schaden direct verschuldet habe; das erstattete Gutachten bemerkt hierzu: „Die Beschwerde ist unbegründet. Zwar führt der Beklagte an, es handle sich hier nicht von der auf das duplum, nämlich auf Ersatz und Strafe, gerichteten actio in factum advers. naut. sondern von der actio de recepto, welche eine reipersecutorische Klage sei, die nicht auf Ersatz des durch Entwendung der Sache im Gasthofe entstandenen Schadens abziele.

Allein so wahr es auch ist, daß hier nur die actio de recepto in Frage steht, und so unbestrittner solche eine sog. reipersecutorische Klage ist (fr. 3 §. 4 D. 4, 9), ebenso gewiß folgt doch daraus nicht entfernt, daß die actio de recepto nicht auf Schadensersatz gerichtet werden könne. Denn die im Gegensatze zu den act. poenae perseq. causa comparatae — sog. act. rei perseq. causa comparatae, welche dingliche und persönliche Klagen sein können (§. 16 a 17 J. 4, 6) werden uns als solche bezeichnet: „quibus persequim est quod ex patrimonio nobis ab est“ (§. 35 D. 44, 7). Hiernach liegt es — abgesehen noch von andern Gründen — außer Zweifel, daß eine reipersecutorische Klage, auch als solche, auf Leistung eines Ersatzes für eine erlittene Vermögenseinbuße, resp. auf Schadensersatz gerichtet sein kann. Und wenn Beklagter weiter erinnert, daß doch das Edict ausdrücklich sage: nisi restituant, judicium dabo (fr. 1 pr. D. 4, 9) so ist hierzu vor Allem zu erinnern, daß das Edict nicht von „nisi rem restituant“ sondern nur von „nisi restituant“ spricht und daß das Wort: „restituere“ bekanntlich eine sehr vielfache Bedeutung hat, worauf wir durch die Worte: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur“ schon in fr. 22 D. 50, 6 aufmerksam gemacht werden. Es ist ferner anzuführen, daß das restituere nicht nur

Digitized by Google

ein retro — dare, retro — tradere, redere, sondern auch die Zurückleistung einer Sache cum omni causa, also auch Ersatzleistung umfaßt. fr. 35, 75, 81, 246, §. 1. D. 50, 16 dazu kommt, daß wegen des Gastwirths, welcher „recipiendo periculum custodiae subit.“ fr. unic. D. 47, 5, Hesse, die Culpa des R. Rechts §. 78 ausdrücklich ausgesprochen ist „non enim dubitari oportet quin is, qui Salvum fore recepit non solum a furto sedetiam a damno recipere (redere) videatur“ fr. 5. §. 1. D. 4, 9; folglich der Gastwirth für den Ersatz des Schadens haftet, der durch Diebstahl oder Beschädigung der von ihm recipirten Sachen des Gastes entsteht. Es erklärt sich daher auch, wie die Rechtslehrer dahin sich aussprechen, daß die actio de recepto auf Ersatz der von dem Wirthe oder von seinen Leuten aufgenommenen (recipirten) Sachen gehe, wenn dieselben entwendet oder beschädigt worden seien. Glücks Pandekt. Comm. Bd. VI. §. 494. Mühlenbruch Pand. (3. Aufl.) Bd. II. §. 453. resp. daß die actio de recepto auf einfachen aber vollen Schadensersatz gehe. Weiske Rechtslex. Bd. IV. §. 494. Seuffert Pandecten (3. Aufl.) Bd. II. §. 405. Schweppe, Röm. Privatr. (4. Aufl. Bd. III. §. 602. Ist nun aber von vorstehenden, anerkannten Sätzen auszugehen, so läßt sich auch vor Allem nicht absehen, daß die vorliegende Klage, welche gerade darauf gestützt ist, daß die vom Beklagten recipirten Uhren entwendet und der Dieb nicht ermittelt sei ein unrichtiges, weil auf Ersatz des Werthes dieser Uhren gerichtetes, Petitum habe. Der Beklagte ist verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, wenn er die von ihm wirklich recipirten Sachen des Klägers, weil solche abhanden gekommen“ (gestohlen worden sind) nicht zurückgibt. Der Gast hat nach Röm. Recht die Wahl, entweder gegen den Dieb oder gegen den Wirth zu klagen. Wählt er das Letztere, während der Dieb noch nicht ermittelt ist, so steht es dem Wirthe frei, wenn er den Gast entschädigt hat, gegen Den aufzutreten, durch den der Schaden veranlaßt wurde. fr. 3 §. 5. D. 4, 6 vergl. mit fr. unic. §. 3. 4. D. 47, 5; fr. 4 pr. fr. 6. §. 4. D. 4, 9; Glück l. c. Bd. VI. §. 494 in fin.

X. Actio de recepto.

1) **Das Mitnehmen des Zimmerschlüssels durch den Gast entbindet den Wirth nicht von seiner Gastpflicht aus dem** receptum.

Digitized by Google

2) **Der Wirth haftet, auch wenn ihm keine** culpa **zur Last fällt.**

3) **Der Gast braucht zur Begründung der** actio de recepto **nicht zu behaupten bez. zu beweisen, daß er sein Zimmer verschlossen habe; die Behauptung, daß der Gast durch Nichtverschluß seines Zimmers einen Diebstahl selbst verschuldet habe, bildet vielmehr den Inhalt einer Einrede und muß als solche factisch und processualisch ponirt werden.**

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsrath L. Hallwachs in Darmstadt.

Eine weitere Beschwerde in dem oben sub. VIII. mitgetheilten Falle ging primär dahin, daß die Klage nicht sofort als unbegründet abgewiesen und eventuell, daß dem Kläger nicht noch der erforderliche Beweis auferlegt worden sei. Diese Beschwerde wurde ebenfalls verworfen. Das Gutachten bemerkt hierzu „Was 1. die primäre Richtung dieser Beschwerde betrifft, so stützt sich Beklagter nach seinem Appellations- und Oberappellationslibelle im Wesentlichen darauf, daß Kläger schon nach dem von ihm gemachten Zugeständnissen sich seines Rechts gegen den Beklagten auf Haftung für den angeblichen Schaden begeben habe.

Der Kläger habe nämlich zugestanden, daß er überhaupt und an dem hier fraglichen Abende seinen Zimmerschlüssel mit sich geführt.

Den Schlüssel nicht an das Schlüsselbrett gehängt oder nicht dem Beklagten oder Einem seiner dazu bestimmten Dienstleute abgegeben habe.

Hiernach habe Kläger, zur Entlastung des Beklagten, die Ueberwachung seines Zimmers und seiner Effecten selbst übernommen,

den Beklagten zu der Annahme veranlaßt, daß er, weil Kläger auf seinem Zimmer verweile, gar nicht in der Lage sei, durch zeitweise Visitation eine besondere Ueberwachung des Zimmers eintreten zu lassen.

Kläger habe den Beklagten außer Stand gesetzt, zu wissen, ob Kläger zu Hause sei oder nicht,

und den Beklagten seines Amtes enthoben für die nöthige Sicherheit des Zimmers des Klägers zu sorgen.

Diesem ganzen Vorbringen des Beklagten vermag ich jedoch eben so wenig, wie die Gerichte der vorderen Instanzen irgend welches Gewicht beizulegen. Unbestritten und unbestreitbar ist daß der Wirth stets, und insbesondere wenn der Gast sich nicht auf seinem Zimmer befindet, für Ueberwachung des letzteren zu

Digitized by Google

sorgen hat. Diese Verpflichtung des Wirths beginnt, sobald derselbe das receptum mit dem Gaste abgeschlossen hat. Der Umstand, daß der Gast beim Verlassen seines Zimmers, nachdem er solches verschlossen, die Zimmerschlüssel mit sich nimmt, hebt aber selbstverständlich das Verlassensein des Zimmers, mithin auch die Nothwendigkeit und Pflicht zur Ueberwachung desselben nicht auf. Und es liegt wohl sehr nahe, daß der Gast, eben weil er das Zimmer verläßt, dessen Ueberwachung nicht selbst übernimmt, vielmehr dem Wirthe die diesem obliegende Ueberwachung beläßt. So wenig aber die Pflicht des Wirths zur Ueberwachung erst dann beginnt resp. wieder beginnt, wenn, resp. so oft der Gast seine Zimmer verläßt, ebensowenig ist es eine Voraussetzung für diese Pflichterfüllung des Wirths, daß der Gast bei seinem Verlassen des Zimmers dem Wirthe davon durch Aufhängen des Zimmerschlüssels am Schlüsselbrette oder durch Ablieferung des Schlüssels Kenntniß gibt. Nimmt der Gast beim Weggehen seinen Zimmerschlüssel mit sich, so entgeht dadurch dem Wirthe nur die Leichtigkeit der Uebersicht darüber, welcher Gast sein Zimmer verlassen hat. Es wächst ihm dadurch nur die Mühe zu, sich auf anderem Wege davon zu überzeugen, ob das Zimmer vom Gaste verlassen sei, gleichwie er eine größere Sorgfalt auf die Ueberwachung des Zimmers in der Zeit der Abwesenheit des Gastes zu verwenden hat, während ihm die Ausübung seiner Ueberwachungspflicht während der Anwesenheit des Gastes durch diesen wesentlich erleichtert wird. So wenig daraus, daß der Schlüssel des Gastes nicht am Schlüsselbrette aufgehängt ist, nothwendig folgt, daß der Gast auf seinem Zimmer verweile, indem er seinen Schlüssel beim Weggehen mit sich genommen haben kann, ebensowenig wird der Wirth durch gedachtes Mitsichnehmen des Schlüssels, wie Beklagter meint, gar außer Stand gesetzt, zu wissen, ob Kläger zu Hause sei oder nicht! Der Natur der Sache nach folgt also aus der vom Beklagten zugestandenen Thatsache, daß er den Zimmerschlüssel mit sich geführt habe, nicht entfernt, daß er den Beklagten seiner Pflicht zur custodia enthoben, sich seines Rechts, denselben wegen der Folgen unterlassener Ueberwachung rechtlich in Anspruch zu nehmen, begeben habe. Auch war Beklagter einen gültigen Rechtssatz, welcher seine Behauptung rechtfertigen sollte, anzuführen selbst nicht im Stande. Es war daher auch natürlich, daß die Klage aus diesem vom Beklagten geltend gemachten Grunde nicht sofort als unbegründet oder wie angebracht abgewiesen werden konnte. Was nun 2) die eventuelle Richtung der Beschwerde des Beklagten anbelangt, so kommt bezüglich dieses folgendes in Betracht.

Digitized by Google

Beklagter hatte in seiner Erklärung auf die Klage die von dem Kläger aufgestellte Behauptung, daß er in der Nacht vom 10. auf den 11. December 1865 die Stubenthüre verschlossen habe, in Abrede gestellt, und später in seiner Schlußerklärung noch positiv behauptet, daß Kläger das Zimmer nicht oder nicht genügend verschlossen habe. Großherzogliches Stadtgericht setzte nun diese Thatsache nicht zum Beweise aus, weil — wie es in seinen Entscheidungsgründen bemerkte — Beklagter nicht nur nicht das Nichtverschließen der Thüre als Ursache des Diebstahls bezeichnet, sondern sogar noch die Erklärung, daß er nicht wisse, wie der in Abrede gestellte Diebstahl geschehen sei, und daß solcher auch mit des Klägers eigenem Schlüssel verübt worden sein könne, abgegeben und hierdurch der Frage: „ob die Thüre verschlossen gewesen" allen Werth benommen, das Unterlassen des Thürverschlusses in keinem Zusammenhang mit dem Diebstahle gebracht habe. Auch das judicium a quo erinnerte in seinen Entscheidungsgründen, daß Beklagter nicht — wie es doch zu seiner Entlastung nöthig gewesen wäre — behauptet habe, daß durch das Unterlassen des Thürverschlusses der Diebstahl veranlaßt worden sei, während es doch nicht Sache des Klägers gewesen sei, seine Vorsicht zu beweisen, sondern Sache des Beklagten, eine Schuld des Klägers zu begründen, was jedoch nicht geschehen sei. M. E. hat nun auch das judicium a quo die hier in Rede stehende eventuelle Beschwerde des Beklagten darüber, daß dem Kläger nicht der Beweis auferlegt worden, daß er die Stubenthüre beim Weggehen stets gehörig verschlossen habe", mit Recht verworfen. Zwar brachte der Beklagte in seinem Appellationslibelle vor, daß zur Begründung der actio de recepto die Anführung der Thatsache nicht ausreiche, daß Kläger bezüglich seiner vom Beklagten recipirten Gegenstände einen Verlust erlitten habe, vielmehr der Reisende die Existenz der Bedingung unter welcher der Wirth zum Schadensersatze verpflichtet sei, also die Thatsache darthun müsse, daß er Kläger, beim Verlassen der Stube dieselbe verschlossen habe, indem er sonst den Schaden, den er sich durch seine eigene Nachlässigkeit zugezogen habe, selbst tragen müsse. Dieses Vorbringen des Beklagten steht aber mit den gesetzlichen Bestimmungen über die actio de recepto im Widerspruche. Nach diesem ist es unbestreitbar, daß der Wirth für die recipirten Sachen des Reisenden haftet, auch wenn den Wirth keinerlei Schuld trifft. fr. 3 §. 1. D. 4, 9. voce: „etiamsi sine culpa" ꝛc. Der Wirth wird aber von dieser Haftpflicht befreit, wenn er die Einrede begründen und beweisen kann, daß der Reisende den Schaden, der ihn betroffen,

Digitized by Google

selbst verschuldet habe, weil der Grundsatz dann Anwendung leidet, daß „damnum quod quis ex sua culpa sentit, sentire non intelligitur." fr. 203. D. 50. 17. Es war also — wie das judicium a quo richtig erinnerte — nicht Sache des Klägers, eine Schuld des Beklagten zu behaupten, sondern vielmehr Sache des Beklagten zu behaupten und zu beweisen, daß Kläger den fraglichen Schaden durch das Nichtverschließen der Stubenthüre selbst verschuldet habe. Dem Kläger konnte somit durchaus nicht der fragliche Beweis, wie Beklagter beantragte, auferlegt werden. Es war aber auch nicht zulässig dem Beklagten in concreto Beweis nachzulassen, weil derselbe die Thatsache, daß Kläger seine Stubenthüre nicht verschlossen habe nicht zur Grundlage einer selbständigen Einrede, daß Kläger den Diebstahl selbst verschuldet habe, verwendet hat. Der Beklagte hat sich vielmehr in seiner Antwort auf die Klage lediglich auf die Behauptnng des Klägers, daß er die Stubenthüre verschlossen habe, negativ eingelassen. Erst in der Schlußerklärung ponirte Beklagter die Behauptung, daß Kläger das Zimmer nicht oder nicht genügend verschlossen habe. Gesetzt nun, Beklagter hätte hier noch diese Behauptung zur Grundlage einer selbständigen Einrede, daß Kläger den Diebstahl selbst verschuldet habe, benützt, so verdiente diese Einrede, weil verspätet vorgebracht, schon darum keine Berücksichtigung. Es hat aber Beklagter auch selbst nicht einmal in seiner Schlußerklärung eine solche Einrede aufgestellt. Zwar bringt nun Beklagter noch in seinem Oberappellationslibelle vor, daß er doch schon durch die fragliche negative Einlassung, die Behauptung des Klägers, daß er die Stubenthüre verschlossen, widersprochen, hiermit aber auch den Diebstahl als eine Folge der Nichtverschließung der Thüre bezeichnet habe, weil er die Behauptung, daß durch das Verhalten des Klägers der Diebstahl möglich und veranlaßt worden sei wiederholt und durch Anführung einer Reihe von Nachlässigkeiten des Klägers unterstützt und im Zusammenhange hiermit, auch die Thatsache, daß Kläger die Thüre verschlossen, bestritten habe.

Es springt aber wohl in die Augen, daß Beklagter auch durch dieses Vorbringen seiner Beschwerde keine Stütze verleihen konnte. Denn es bedarf doch wohl nicht erst der Erinnerung, daß eine negative Litiscontestation und das Vorbringen einer Einrede zwei wesentlich verschiedene Acte sind. In der Ersteren ist die Letztere nicht schon enthalten. Außerdem hat Beklagter, bei seinem oben erwähnten Vorbringen zwei ganz getrennt zu haltende Momente mit einander vermischt. Allerdings hat Beklagter, schon in seiner Erklärung auf die Klage, dieser letzteren den Einwand

Digitized by Google

opponirt, daß der fragliche Diebstahl, wenn er wirklich stattgefunden haben sollte, durch die eigene Schuld und grobe Nachlässigkeit des Klägers veranlaßt worden sei. Allerdings hat Beklagter zur thatsächlichen Begründung dieses Einwands sich auf eine Reihe von Nachlässigkeiten des Klägers bezogen, und in seine Schlußerklärung auch zu diesen Nachlässigkeiten noch das Nicht- oder nicht genügende Verschließen der Stubenthüre gezählt.

Dieser Einwand ist aber ganz verschieden von der fraglichen bloßen negativen Einlassung. Wegen dieser Letzteren, welche bei der hier in Rede stehenden Beschwerde allein in Frage steht, war wie bereits gezeigt, auf Beweis nicht zu erkennen.

XI. Actio de recepto.

Es ist keine Voraussetzung der actio de recepto, **daß der Wirth die Effecten des Gastes besonders recipirt habe, es genügt vielmehr die, bei Reception des Gastes, mit Wissen des Wirths oder seines betreffendes Dienstpersonals erfolgte Illation der Effecten.**

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsrath L. Hallwachs in Darmstadt.

In dem sub VIII. mitgetheilten Falle war eine weitere Beschwerde des Beklagten dahin gerichtet, daß dem Kläger, außer dem zum Beweise verstellten Satze, nicht auch noch der Satz zum Beweise auferlegt worden sei:

„nachdem dieselben (Uhren) von dem Beklagten in Folge seines Gewerbes, als Gastwirth, aufgenommen waren".

Das oberste Gericht verwarf dieselbe gleichfalls als unbegründet, das erstattete Gutachten enthält folgende Ausführung: „der Beklagte brachte zwar zur Rechtfertigung vor: Die Thatsache daß der Reisende bei einem Gastwirthe logire genüge nicht, vielmehr müsse der Reisende sammt seinem Gepäcke vom Wirthe aufgenommen worden sein. Auch genüge das Inferiren noch nicht, weil solches das Aufnehmen das „recipere" noch nicht stillschweigend in sich schließe, vielmehr das res custodiae committere nothwendig voraussetze „daß der Wirth das Gepäcke wenigstens beaugenscheinige. Auch habe Kläger sich selbst darauf berufen", daß die fraglichen Uhren in das Gasthaus des Beklagten, weil dieser das Gastwirthsgeschäft betrieben, gebracht, und von dem

Digitized by Google

Beklagten aufgenommen worden seien. Folgerecht müsse auch Kläger diese seine Angabe, weil sie widersprochen worden sei, beweisen. Sieht man aber auf das, was dem Kläger bereits zum Beweise auferlegt worden ist, so läßt sich kein Grund für die vom Beklagten beantragte Erweiterung des Beweissatzes auffinden. Nach dem Beweisinterlocut soll nämlich Kläger beweisen, daß er als Gast in dem Wirthshause des Beklagten logirt und dabei die in der Anlage 1 der Klage ihren Nummern nach verzeichneten goldnen Uhren in sein ihm zum Bewohnen angewiesenes Zimmer eingebracht habe. Demgemäß soll also Kläger darthun, daß er von dem Beklagten, in dessen Eigenschaft als Wirth, aufgenommen worden war, und daß er bei dieser Aufnahme die fraglichen Uhren inferirt habe, und zwar in das ihm zum Bewohnen angewiesene Zimmer. Wenn nun gesetzlich bestimmt ist, daß res hoc ipso quod in navem missae sunt, receptae videntia und daß der Wirth omnium (rerum) recipit custodiam, quae in cauponam illatae sunt fr. 1 §. 8 D. 419, so wird mit der Erbringung des auferlegten Beweises, daß Kläger bei seiner Aufnahme auf die fraglichen Uhren inferirt habe, zugleich der Beweis erbracht, daß Beklagter auch die Uhren recipirt habe, folglich — wie Beklagter fordert — Kläger sammt den Uhren recipirt worden ist, und zwar von dem Beklagten, in seiner Eigenschaft als Gastwirth, also vermöge seines Gewerbes. Und wenn Beklagter meint, daß das Inferiren und das Aufnehmen (recipere) zwei der Zeit nach getrennte Acte bilden müßten, folglich Kläger beweisen müsse, daß er die Uhren inferirt haben müsse, nachdem dieselben vom Beklagten aufgenommen haben worden seien", so ist diese Meinung eine ebenso anerkannt irrige, wie die Behauptung, daß das recipere vorausſetze, daß Beklagter das Gepäcke beaugenscheinigt haben müsse. Wenn Beklagter ferner wenigstens eventuell verlangt, daß Kläger beweise „daß er mit Wissen des Beklagten die Uhren in das ihm angewiesene Zimmer inferirt habe", so stehen diesem Verlangen m. E. zwei Gründe entgegen. Denn sollte hiermit der Beweis gefordert werden wollen, daß der Beklagte den Inhalt des Gepäcks des Klägers gekannt, also gewußt haben müsse, daß Uhren darin verwahrt seien, so würde hiermit mehr von dem Kläger zu beweisen verlangt, als er zu beweisen rechtlich verbunden ist, indem es zum Beweise der Reception genügt, wenn dargethan ist, daß das Gepäcke mit Wissen des Wirths inferirt wurde. Wollte aber Beklagter nur den Beweis fordern, daß die Illation des Gepäcks mit Wissen des Beklagten geschehen sei, so kommt auch hiergegen noch in Betracht, daß es zur Reception des

Digitized by Google

Gepäcks nicht nöthig ist, daß der Wirth unmittelbar selbst Kenntniß von der Illation genommen habe, indem es schon genügt, wenn die Illation mit Wissen der zur Aufnahme der Gäste resp. zur Zimmeranweisung, resp. zur Anweisung des für Aufbewahrung des Gepäcks bestimmten Raums berufenen Leute des Wirths (wie z. B. der Kellner, Hausknechte) geschehen ist. (fr. 3 §. 2 D. 4, 9)."

XII. Actio de recepto.

Auch dasjenige Anerkenntniß oder Zahlungsversprechen, welches bezüglich der aus dem receptum hervorgegangenen Verbindlichkeiten von dem Gastwirthe ertheilt wird, ist klagbar.

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsrath L. Hallwachs in Darmstadt.

In dem sub VIII. mitgetheilten Falle hatte der Beklagte eine weitere Beschwerde dahin gerichtet, daß der dem Kläger sub A, 2 des Beweisinterlocuts alternativ nachgelassene Beweis:

„daß der Beklagte dem Kläger in rechtsverbindlicher Weise anerkannt habe, daß er schuldig sei, den eingetretenen Verlust zu ersetzen, oder versprochen habe, den Kläger schadlos zu halten", nicht gestrichen worden sei. Die Beschwerde wurde verworfen. Das Gutachten bemerkt hierzu: „Beklagter meint, daß Nr. 156 der O.-A.-G.-Präj. hier keine Anwendung finden könne, weil das Rechtsgeschäft, welches hiernach als Basis des Anerkenntnisses mindestens der Gattung nach in der Klage bezeichnet werden müsse, gar nicht vorliege, sondern der einzige Verpflichtungsgrund nur in dem singulären Gesetze über die actio de recepto liege, welches das Factum des Diebstahls voraussetze, das durch das Anerkenntniß des Wirths nicht geschaffen werden könne, schuldig zu sein, den eingetretenen Verlust zu ersetzen. Allein der Beklagte übersieht auch hierbei, daß das als Basis des Anerkenntnisses dienende Rechtsgeschäft in der Klage wirklich bezeichnet ist. Dieses Rechtsgeschäft besteht in dem in der Klage angeführten Receptum. Auf Letzterem beruht die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger für einen durch einen Diebstahl recipirter Sachen entstandenen Schaden zu haften, und der Beklagte ist auf Grund des recepti wirklich zum Schadensersatze verpflichtet worden, wenn es rechtlich außer Zweifel steht, daß die Thatsache des Verlusts eingetreten ist, welche nach der Klagbehauptung durch den fraglichen Diebstahl einge-

Digitized by Google

treten sein soll. Diese letztere Thatsache kann aber durch ein rechtswirksames Bekenntniß resp. Anerkenntniß des Beklagten rechtlich außer Zweifel gestellt werden. Erbringt also der Kläger den ihm auferlegten Beweis eines solchen Anerkenntnisses, so kann er hierdurch des Beklagten Schadensersatzpflicht ebenso liquid stellen, wie durch die Erbringung des ihm auferlegten Beweises, daß die fraglichen Uhren gestohlen worden seien. Die angefochtene alternative Beweisauflage ist sonach nicht überflüssig. Auch findet sie — wie schon das judicium a quo, m. E. mit Recht erinnert hat, in Nr. 156 der O.-A.-G.-Präjudizen eine Stütze."

XIII. Actio de recepto.

1) **Der Wirth haftet nicht für den Schaden, der durch eigenes Verschulden des Gastes entstanden ist.**
2) **Eigenes Verschulden des Gastes ist dann anzunehmen, wenn er weder die Commode, noch die Koffer, in welchen er werthvolle Sachen aufbewahrte, oder sein Zimmer gar nicht oder nicht genügend verschlossen hat, die Schlüssel stecken oder umher liegen ließ.**

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsrath L. Hallwachs in Darmstadt.

In dem sub VIII mitgetheilten Falle hatte der Beklagte eine schließliche Beschwerde dahin gerichtet: daß ihm nicht alternativ der Beweis nachgelassen worden sei: „oder daß die grobe Nachlässigkeit und grobe Unvorsichtigkeit des Klägers, sowie solche im Einzelnen angegeben worden, den behaupteten Diebstahl veranlaßt oder ermöglicht habe". Das erstattete Gutachten bemerkt hierzu: „Die Beschwerde erachte ich für begründet; denn in seiner Antwort auf die Klage hat Beklagter der Klage den Einwand entgegengesetzt, daß der behauptete Diebstahl, wenn er wirklich stattgefunden habe, seinen Grund in der eigenen Schuld und groben Nachlässigkeit des Klägers gefunden habe. Hierin ist eine exceptio propriae culpae enthalten, welche, wenn sie von dem Beklagten thatsächlich genügend begründet worden ist, ohne Zweifel zum Beweise auszusetzen war, weil sie, ihre Wahrheit vorausgesetzt, den Beklagten von seiner Haftpflicht befreit. Es fragt sich daher nur, ob Beklagter diese Einrede auch thatsächlich genügend begründet habe? Diese Frage glaube ich bejahen zu müssen. Beklagter berief sich zwar auf verschiedene Umstände, und darunter auch auf solche, welchen, wie die vordern Gerichte

Digitized by Google

mit Recht angenommen haben keine Relevanz beigelegt werden kann. Ich zähle dahin, daß Kläger das Placat unbeachtet gelassen habe, welches in jedem Zimmer des Gasthofs angeheftet gewesen sei und darauf hingewiesen, Werthe fraglicher Art zu deponiren. Denn es ist anerkannt, daß dergleichen dem Gaste nach seiner Aufnahme erst bekannt werdende Placate dem Rechte des Gastes nicht präjudiciren. Holzschuher, Theorie und Casuistik des Civilrechts Bd. III. § 302, S. 911, 913 (zu Nr 11). Ich zähle ferner dahin, aus den bereits bei Prüfung der Beschwerde angegebenen Gründen, die Behauptung, daß Kläger den Zimmerschlüssel beim Verlassen des Zimmers nicht an das Schlüsselbrett gehängt oder nicht an den Wirth abgegeben, sondern mit sich geführt habe. Ich rechne endlich dahin, daß Kläger unterlassen habe, ein besonderes Sicherheitsschloß an seine Zimmerthüre anzubringen, indem an sich und im Allgemeinen ein Gast zur Ergreifung einer solchen Vorsichtsmaßregel nicht verpflichtet ist, mithin dem Kläger auch die Nichtergreifung dieser Maßregel nach vorliegenden Umständen nicht als eine Nachlässigkeit angerechnet werden kann. Aus der Irrelevanz dieser Thatsachen folgt aber selbstverständlich die Irrelevanz des ganzen Einwands um so weniger, als Beklagter auch noch darauf sich berufen hat, daß Kläger weder die Commode noch die Koffer verschlossen oder genügend verschlossen habe, daß er die Schlüssel habe stecken oder umher habe liegen lassen, und daß er das Zimmer nicht oder nicht genügend verschlossen habe. Diese letzterwähnten Thatsachen sind nämlich, allerdings wie auch schon vor anderen höheren Justizhöfen anerkannt worden ist, (Archiv f. pr. Rw. N. f. Bd. IV. S. 416, Seufferts Archiv VIII Nr. 48) geeignet, eine die Klage elidirende Negligenz des Klägers zu begründen, wenn selbst auch das von dem Beklagten geschilderte Verhalten des Klägers, dem des Diebstahlsverdächtigen gegenüber, darum zur Zeit von keiner Bedeutung erscheinen dürfte weil bis jetzt noch wenigstens nicht ermittelt ist, ob dieser Verdächtige auch der wirkliche Dieb ist, mithin noch gar nicht zu ermessen ist, ob jenes Verhalten dem schon an sich nur ein adminiculirendes Gewicht beizulegen sein dürfte, für den vorliegenden Diebstahl von irgend welcher Relevanz ist. — Mit Rücksicht auf vorstehende Gründe möchte es sich nur noch fragen ob dem Beklagten der Beweis der eben als relevant bezeichneten speciellen Thatsachen oder im Allgemeinen der Beweis seiner Einrede, daß die grobe Nachlässigkeit und Unvorsichtigkeit des Klägers den behaupteten Diebstahl veranlaßt oder ermöglicht habe, nachzulassen sei? Für

Digitized by Google

das Letztere spricht wohl der Umstand, daß es dem Beklagten unbenommen bliebe, im Beweisverfahren noch weitere relevante Thatsachen zur Begründung seiner Einrede anzuführen und darzuthun, für das erstere fällt dagegen entscheidend ins Gewicht, daß die bezeichneten einzelnen Thatsachen für sich schon zur Begründung der ganzen Einrede genügend und daß jedes Hereinziehen weiterer irrelevanter Thatsachen in das Beweisverfahren abgeschnitten wird."

Dem Antrage des Referenten entsprechend wurde hiernach dem Beklagten weiterer alternativer Beweis dahin nachgelassen: „daß Kläger weder die Commode noch die Koffer verschlossen oder genügend verschlossen habe, daß er die Schlüssel habe stecken oder umherliegen lassen, und daß er das Zimmer nicht oder nicht genügend verschlossen habe." —

XIV. Bescheinigung des Rechts auf Akteneinsicht. — Zeugenaussagen zum ewigen Gedächtniß als Bescheinigungsmittel.

Zeugenaussagen, zu ewigem Gedächtniß erhoben, sind, solange der Gegner mit etwaigen Einwendungen dawider nicht gehört worden ist, nicht geeignet, eine Bescheinigung zu liefern.

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsadvocat Emmerling I. in Darmstadt.

In der in diesem Archiv Neue Folge, sechster Band, S. 320 ff. erwähnten Rechtssache traten, wie dort erwähnt, Kinder der schon Elisabetha R. auf und machten, als angebliche Brautkinder ihrer Mutter und des verstorbenen Sohns der Schultheiß Made'schen Eheleute in Wersau, Jacob, Erbansprüche an das großelterliche Vermögen geltend. Sie hatten zum Nachweise des Umstandes, daß ihre Eltern mit einander verlobt gewesen und daß sie während des Brautstands von Elisabetha R. erzeugt worden seien, eine beträchtliche Anzahl von bejahrten Personen im Beisein des beigeladenen Anwalts der ordentlichen Intestaterben zum ewigen Gedächtniß abhören lassen und als ihnen zur Erhebung von Klage Frist anberaumt worden war, baten sie um Gestattung der für ihre Klagebegründung nothwendigen Einsicht der bezüglich des Nachlasses der Schultheiß Made'schen Eheleute erwachsenen Acten Großherzoglichen Landgerichts Reinheim, unter Hinweisung darauf,

Digitized by Google

daß durch das Ergebniß der Zeugenabhör zu ewigem Gedächtniß nicht nur ihr Interesse, sondern auch das Recht, zur Einsichtsnahme jener Acten hinreichend dargethan worden sei.

Großherzogliches Landgericht Reinheim schlug das Gesuch unterm 28. April 1869 ab, weil ein bloßes Interesse hierzu nicht genüge, ein Recht aber nicht begründet sei.

Auf erhobene Beschwerde der angeblichen Brautkinder, in welcher hervorgehoben wurde, daß zwölf Zeugen in mehr oder weniger bestimmter Weise Aussagen darüber gemacht hätten, der verstorbene Sohn der Schultheiß Madéschen Eheleute habe vertrauten Umgang mit Elisabetha R., der Mutter der Querulanten, gehabt, beide hätten sich, wie in W. bekannt gewesen und worüber sich auch Jacob M. verschiedentlich ausgesprochen, heirathen wollen, sie seien aber an dem Ehevollzug durch den eingetretenen Tod des Jacob M. behindert worden, Jacob M. habe die beiden querulantischen Kinder nicht nur als die Seinigen erklärt, sie hätten auch in W. allgemein als die im Brautstand erzeugten Kinder des Jacob M. gegolten, wie denn der noch lebende Bruder des Letzteren, Fritz, bei dem jetzt querulirenden Jacob R. Pathenstelle vertreten habe — deferirte Großherzogliches Hofgericht durch Beschluß vom 10. Juni d. J. der Bitte um Acten-Einsicht, weil es den Nachweis eines rechtlich genügend begründeten Interesses als geliefert angenommen habe.

Die Kinder des Schultheißen Made verfolgten hiergegen Querel an das O.-A.-Gs. in Darmstadt, und hob dieses unterm 24. Septr. 1869 die Hofgerichtsverfügung wiederum auf, bestätigte vielmehr das Landgerichtsdecret vom 28. April d. J., weil es zur Zeit an der erforderlichen Bescheinigung, die Querulaten seien als erbberechtigte Brautkinder des verstorbenen Jacob Made zu betrachten, gebreche, indem jene Eigenschaft der Querulaten Seitens der Querelanten nicht nachgegeben werde „und es bei Lage der Sache nicht angehe, sich auf die Aussagen der zu ewigem Gedächtniß vernommenen Zeugen zu berufen, da den Querelanten noch keine Gelegenheit gegeben gewesen sei, etwaige Einreden gegen deren Glaubwürdigkeit, Erheblichkeit und Zulänglichkeit vorzubringen".

Digitized by Google

XV. Abtretung einer Forderung aus einem zweiseitig lästigen Vertrage, insbesondere aus einem Kaufvertrage.

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsrath Dr. Kleinschmidt in Darmstadt.

Von dem in der Natur der Obligationen begründeten Satze, daß nach der Strenge des Römischen Rechts bei jeder Obligation nur zwei Personen vorkommen dürfen und eine einmal bestehende Obligation durante eadem obligatione durch singularis successio nicht übertragen werden kann, bildet die Cession eine scheinbare Ausnahme. Sie entsprang offenbar aus dem Bedürfnisse des practischen Lebens, aus dem Verkehr.

Die mangelhaften Rechtsverhältnisse bei dem mandatum in rem propriam wurden bald durch Einführung der Denunciation und der utiles actiones wesentlich verbessert. Jedoch blieb der Cedent immer noch creditor und der Cessionar erschien dem Schuldner gegenüber fortwährend nur in dem Rechtsverhältnisse eines procuratoris in rem suam. Die eingeführten Rechtsmittel sollten den Cessionar sofort in dasselbe Verhältniß bringen, in welches er früher als procurator in rem suam durch die Litiscontestation gebracht wurde.

cf. Mühlenbruch Cession §. 17.
v. Vangerow Pandecten §. 574.

Daher kommt es auch, daß die Lage des Schuldners durch die Cession nie verschlechtert werden darf.

Regelmäßig sind alle klagbaren Forderungen cessibel, ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund, ihren Inhalt und ihre Folgen. Die Einschränkungen beruhen theils auf gesetzlichen Bestimmungen, theils auf der Natur der Sache. Es besteht aber kein Gesetz, welches die Abtretung einer Forderung aus einem zweiseitig lästigen Vertrage für unzulässig erklärt. Auch folgt eine solche Unzulässigkeit an und für sich nicht aus der Natur der Sache. Es wird auch bei gegenseitig lästigen Verträgen immer nur die Forderung abgetreten, während die Verpflichtung aus dem Vertrage bei dem Cedenten bleibt. Diesem kann es aber nicht verwehrt sein, seine Verpflichtung durch einen Stellvertreter ausüben zu lassen, insofern nur nicht die Leistung mit der Person des Gläubigers resp. Cedenten so eng verbunden ist, daß sie nur durch diesen erfolgen kann, oder daß wenigstens der andere Contrahent ein Recht darauf hat, daß sie nur durch die Person des Gläubigers erfolge, z. B. bei Künstlern. Da wo der Mitcon-

Digitized by Google

trahent gegen die Erfüllung einer Verbindlichkeit durch einen Stellvertreter des andern Contrahenten keinen Einwand begründen kann, ist ein solcher Einwand auch gegen den Cessionar unzulässig, welcher ursprünglich nur als Mandatar erschien und in dieser Beziehung auch noch als solcher betrachtet werden kann.

Die Lage des Schuldners wird hierdurch an sich nicht schlechter, was freilich auch nicht geschehen dürfte. Auch können immer nur einzelne bestimmte Forderungen aus dem Vertrage Gegenstand der Cession sein, nicht aber eine Reihe Forderungen, welche möglicherweise aus einem Rechtsverhältnisse entspringen können, durch welches die Contrahenten in eine mehr oder weniger dauernde Beziehung gebracht wurden, wie bei der Miethe, dem Gesellschaftsvertrag und dem Mandat. Wohl können jedoch einzelne Forderungen aus solchen Verträgen cedirt werden.

Bei dem Kaufvertrag insbesondere liegt kein Grund vor, aus welchem nicht der Käufer seine Forderung in Bezug auf die verkaufte Sache, der Verkäufer seine Forderung bezüglich des Kaufpreises cediren kann. Jeder Cessionar klagt nur aus dem Rechte seines Cedenten und nur auf Erfüllung dessen was Letzterer verlangen kann.

Sintenis Pand. Bd. II. §. 128 III.

Ist der Cessionar zur Empfangnahme des Gegenstandes des Vertrags genügend legitimirt, so wird der debitor cessus von seiner Verbindlichkeit vollständig befreit. Er kann nun auch verlangen, daß sein Mitcontrahent auch seine Verbindlichkeit gehörig erfüllt und als Käufer namentlich seine Zahlung leistet, es muß ihm aber gleichgültig sein, ob der Cedent oder der Cessionar zahlt. Auch jeder Dritte kann selbst wider Willen des Schuldners für Letzteren gültig zahlen. fr. 32 und 53 D. 46. 3.

Erfüllt der Cessionar die Verbindlichkeit für den Cedenten nicht vertragsmäßig, so bleibt Letzterer dem debitor cessus gegenüber fortwährend verhaftet. Es fehlt in einem solchen Falle für den Schuldner an einem rechtlichen Interesse zur Bestreinutg einer Cession, die für den freien Verkehr nur förderlich sein kann.

Sowohl das Obertribunal in Berlin, als auch das Oberappellationsgericht zu Mannheim haben solche Cessionen aus Kaufverträgen für zulässig erklärt. (cf. Seufferts Archiv Bd. I. Nr. 28, VIII. Nr. 35.)

Erk. des Hofgerichts in Darmstadt in Sachen Joh. Oppenheimer in Groß-Gerau, Kl., Appellanten gegen Georg Andres in Arheilgen, Bekl., Appellaten, Vertragserfüllung betr., vom 26. März 1861.

Digitized by Google

XVI. Erſetzung eines ohne Schuld verlornen Beweismittels durch ein neues. Nachweis des Verluſtes und Gehör des Producten darüber*.

Die Klägerin ſetzte an die Stelle der von ihr producirten Zeugin, welche vor der Abhör geſtorben ſei, andere Beweismittel, indem ſie nachträglich zur Beſcheinigung des Todes derſelben eine Urkunde beibrachte. Das Gericht zweiter Inſtanz erkannte, ohne vorher dieſe Urkunde dem Beklagten zur Agnition vorzulegen, dahin, daß die neuen Beweismittel zuzulaſſen ſeien. Auf Berufung des Beklagten reformirte das oberſte Gericht dahin, daß dieſe neuen Beweismittel nur unter der Vorausſetzung zuzulaſſen ſeien, daß der Beklagte gegen jene ihm noch zur Agnition vorzulegende Urkunde keinen erheblichen Einwand, über welchen eintretenden Falls vor Allem das Geeignete noch rechtlich zu verfügen ſei, vorbringen ſollte. Die Praxis geſtatte dem Beweisführer, den ohne Verſchulden verlornen Beweismitteln andere zu ſubſtituiren. In dem vorliegenden Fall ſei die Klägerin gehalten geweſen, ſofort auch den Tod der Zeugin nachzuweiſen; indeſſen ſei ihr die Nachholung dieſes Nachweiſes geſtattet. Da aber die dazu beigebrachte Urkunde dem Beklagten, dem geſtattet ſein müſſe, ſie einzuſehen und Einreden vorzubringen, nicht vorgelegt worden ſei, ſo bedürfe es jenes Vorbehalts.

Erk. des O.-A.-Gs. in Darmſtadt vom 8. September 1848, in Sachen der Gräfin Alzei, in Darmſtadt, Klägerin, gegen Dr. Meyer daſelbſt, Beklagten, wegen Herausgabe bayeriſcher Obligationen.

* Aus dem Nachlaß des Herrn Hofgerichtsadvocaten Bopp in Darmſtadt.

XVII. Bäuerlicher Mitbau.

Bei dem bäuerlichen Inſtitut des Mitbaus fallen alle Erzeugniſſe des gemeinſchaftlich bebauten Gutes in das Miteigenthum der Mitbauer, eine einſeitige Theilung der Früchte Seitens eines der Mitbauer iſt unſtatthaft.

Mitgetheilt von Herrn Hofgerichts-Advocaten Maſſot in Darmſtadt.

Georg Pfeifer I. von Ellenbach bei Fürth hatte im Jahr 1859 ſein Gut an ſeinen Sohn Georg Pfeifer II. verkauft, ſich

aber bei dem Abschluß des Vertrags die Ausübung des Mitbaus, d. h. die gemeinsame Bewirthschaftung des Guts auf gemeinschaftlichen Verlust und Gewinn, so lange es ihm beliebe, vorbehalten. Auf dem Gut wurde alljährlich unter Anderm eine ansehnliche Quantität Hafer gezogen, dessen Theilung sich der junge Pfeifer widersetzte, weil der Hafer zur Pferdefütterung nöthig und vor der nächsten Ernte nicht zu bestimmen sei, wieviel verkauft werden könne. Georg Pfeifer I. behauptete dem gegenüber, daß er sich keinen Augenblick weigere seinen Antheil Hafer für die Pferdefütterung und Aussaat zu stellen, daß jeder Oekonom sehr wohl tariren könne, was man hierfür brauche, daß deßwegen nichts im Wege stehe den Hafer der letzten Ernte zu theilen. Da Georg Pfeifer II. hierauf nicht einging, so theilte sein Vater eines Tags den auf dem Speicher liegenden Hafervorrath in zwei gleiche Theile, ließ seinem Sohn die Wahl welchen Theil er haben wolle und als dieser sich auch hierauf nicht einließ, nahm er die eine Hälfte an sich und entfernte sie von dem Speicher.

Hierauf erhob Georg Pfeifer II. Klage gegen seinen Vater wegen Eigenthumsbeeinträchtigung und Letzterer wurde in den drei Instanzen verurtheilt die weggenommene Hälfte des Hafers wieder zu dem Vorrath zu thun. Aus der bei dem obersten Gericht erstatteten Relation entnehmen wir das Folgende:

Das Recht des Mitbaus, wie es hier vorlige, sei ein dem römischen Recht fremdes Institut, es lasse sich nicht unter den Begriff eines darin, begründeten ähnlichen Rechtsverhältnisses bringen, es beruhe auf Gewohnheiten des deutschen Bauernstandes und habe sich seit unvordenklicher Zeit ausgebildet. Nur mit Rücksicht hierauf könne sein rechtlicher Charakter festgestellt werden.

In der Literatur finde man wenig Material, das sich ausdrücklich mit jenem Rechte beschäftige, dasjenige, was darüber bei Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. VIII. Nr. VI. S. 333 gesagt werde, scheine das Richtigste und so treffend ausgedrückt, daß es wörtlich angeführt zu werden verdiene. Es heiße daselbst unter Anderem:

„Wollte man den von Puchta vertheidigten Satz, daß die bäuerliche Gutsabtretung kein eigenthümlich deutschrechtliches, sondern in der Regel ganz nach den Grundsätzen des römischen Rechts zu beurtheilendes Institut sei in seiner vollen Consequenz festhalten und zur Anwendung bringen, so könnte man in einer solchen Gutsabtretung mit Vorbehalt der Herrschaft und einer gemeinschaftlichen Führung des Haushalts kein anderes Rechtsgeschäft als das eines Societätscontracts erkennen, indem auf dasselbe die

Digitized by Google

wesentlichsten Merkmale der legal-doktrinellen-Definition dieses Contracts, als vertragsmäßiger Vereinigung mehrerer Personen zur Erreichung eines ihnen gemeinsamen Endzwecks, insbesondere soviel die Erwerbsgesellschaft betreffe, zur gemeinschaftlichen Theilnahme an den durch ihre Arbeit zu gewinnenden Vortheilen, als völlig anwendbar erscheinen, je nachdem man als Gegenstand der vertragsmäßigen Gemeinschaft entweder das abgetretene Gut selbst, welches der Substanz nach beiden, dem Abtreter und Uebernehmer, Letzterem unter dem Titel des Eigenthums zugehöre oder die Führung eines gemeinschaftlichen Haushalts betrachte".

„Gleichwohl aber würde die Qualification eines in der einen oder andern Weise modificirten Gutsabtretungsvertrags als römisch-rechtlichen Societätsvertrags zu Folgerungen führen, welche als völlig unvereinbar mit der eigenthümlichen Natur jenes Institnts und derjenigen Gestaltung desselben, in welche es nach der täglichen Erfahrung zu treten pflegt, erscheinen würden.

„Der einzig richtige und practisch brauchbare Gesichtspunkt, aus welchem man diesen Fall aufzufassen habe, ergebe sich aus nachstehender Unterscheidung:

1) Die Gutsabtretung *als ein Ganzes* bestehe zufolge, des ihr wesentlich innewohnenden Characters eines eigenthümlich deutschrechtlichen Instituts unabhängig von dem Einflusse des römischen *Rechts*, sowohl rücksichtlich ihrer rechtlichen Existenz, als ihrer Wirkungen und der Gründe ihrer Auflösung. Wohl aber seien
2) Die einzelnen Bestandtheile dieses Geschäfts, insofern sie sich zu einer gesonderten und selbstständigen Beurtheilung eigneten, einer Anwendung der Grundsätze des römischen Rechts in allen denjenigen Beziehungen unterworfen, welche auch bei deutschrechtlichen Instituten, in Ermangelung besonderer hierfür vorhandener Normen, der Einwirkung des gemeinen Rechts anheimfielen. Es sei demnach auch bei der bäuerlichen Gutsabtretung die Berücksichtigung der römisch rechtlichen Grundsätze vom Societätscontract nicht für gänzlich ausgeschlossen zu halten.
3) Die Verabredung der gemeinschaftlichen Führung des Haushalts, sowie einer Gemeinschaft der Einnahmen und Ausgaben und deren gleicher Vertheilung zwischen dem Gutsabtreter und Uebernehmer begründe zwar einen zwischen ihnen bestehenden Gesellschaftsvertrag mit dem beiderseitigen Anspruch auf Zulassung zur Theilnahme an der Besorgung jenes Geschäfts und mit dem dem genannten Vertrag eignen

Anspruch auf Rechnungsablage über das von jedem Theil Eingenommene, dagegen stehe

4) von den die Auflösung eines selbstständig eingegangenen Societätsvertrags gemeinrechtlich motivirenden Gründen hier kein Gebrauch zu machen.

Im Wesentlichen von gleichen Gesichtspunkten gehe eine Entscheidung aus, welche das oberste Gericht in Sachen Michael Müller zu König, Klägers, Aaten, Oberappellaten gegen Jacob Müller, seinen Vater daselbst, Aufhebung einer Gemeinschaft betr., im Jahre 1833 erlassen habe. Es handle sich dabei darum, ob nach den von der Societät geltenden Grundsätzen Auflösung eines Gutsanschlags verlangt werden könne, welchem die vertragsmäßige Bestimmung beigefügt gewesen: „Beide Theile wollen vorderhand in Gemeinschaft leben, mithin Gewinn und Verlust zu gleichen Theilen tragen, Verkäufern stehe es übrigens frei, solange in der Gemeinschaft zu bleiben, als sie wollten". Es sei damals angenommen worden, daß die verlangte Auflösung nicht gefordert werden könne.

In dem hier vorliegenden Falle handle es sich um die gemeinschaftliche Bewirthschaftung des Guts auf gemeinsame Rechnung. Diese Richtung des Vertrags werde aber, nach Pfeiffers vollkommen begründeter Ansicht, im Allgemeinen nach den für verwandte römisch-rechtliche Verhältnisse geltenden Grundsätzen zu beurtheilen sein. Man könne hierbei den Gesichtspunkt des Nießbrauchs oder den der Societät in's Auge fasse. Letztere werde wohl in Vordergrund zu treten haben, da ein reiner Usufrukt nicht vorliege und überdieß derselbe erst in Folge der vertragsmäßigen, gemeinschaftlichen Bewirthschaftung des Guts eintrete. Möge man übrigens den einen oder den andern der beiden bezeichneten Gesichtspunkte in den Vordergrund stellen, so folge aus dem Rechtsverhältniß an sich, daß Willkühr und einseitige Verfügung des einen wie des andern Theils ausgeschlossen sei, daß beide nur in Uebereinstimmung handeln und über den Ertrag des Guts verfügen könnten. Denn wie für den Kläger (Georg Pfeifer II.), der, abgesehen von dem Vorbehalt des Mitbaus sofort alleiniger Eigenthümer der Früchte des ihm eigenthümlich zustehenden Guts werden würde, diese Folge nicht eintrete, weil er sich durch die Gestattung des Mitbaus an den Beklagten (Georg Pfeifer I.) solcher vertragsweise begeben habe, ebenso werde auch der Beklagte durch Perzeption der Früchte (hierauf war des Beklagten Vertheidigung gestützt), wie es in Fällen gewöhnlichen Nießbrauchs geschehe, nicht in der Weise sofort Eigenthümer der Hälfte der

Digitized by Google

Früchte, daß er berechtigt erscheine darüber in Natur sofort zu verfügen. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, daß beide Theile mit Rücksicht auf die in Rede stehenden Vertragsbestimmungen die Früchte des Guts gemeinschaftlich erwärben und hieraus folge, daß jedem Theil nur zu einem ideellen Antheil daran Rechte zu kämen, jedem nur die Befugniß zustehe bei Verfügung darüber, namentlich Verwendung in Natur, wie zur Ernährung von Mensch und Vieh, Aussaat oder Veräußerung und Theilung des Erlöses mitzuwirken, daß aber keiner befugt erscheine, zumal dem Widerspruch des andern gegenüber unbedingt Theilung der gezogenen Früchte in Natur und Verwendung seiner Hälfte nach Belieben zu fordern oder sich gar solche einseitig und eigenmächtig zuzueignen. Hierfür sprächen die für die Societas und Communion geltenden Grundsätze, insbesondere heiße es in L. 28 D. comm. divid. (10. 3): in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse.

Mit Rücksicht hierauf werde in der Doctrin angenommen, daß, besondere Ausnahmsfälle abgerechnet, deren keiner hier behauptet worden, die Einwilligung aller Eigenthümer stets erfordert werde, wenn über gemeinschaftliche Sachen gültig verfügt werden wolle. Glück, Comm. Bd. XI. §. 739 S. 133; Siutenis, pract. Civil-Recht. 2. Aufl. Bd. I. S. 474 u. II. S. 115.

Dem gegenüber gehe Oberappellant davon aus, das auf dem Gute erzielte Getraide bleibe nur so lang gemeinschaftlich, bis es geerndtet und durch Dreschen zum Gebrauche vorbereitet sei, sowie dies der Fall trete das Recht eines jeden Theils in Wirksamkeit seinen Antheil zu verlangen, er könne sich denselben nehmen und verletze das Recht des andern nicht, sobald er nur nicht mehr nehme, als die ihm gebührende Hälfte. Der Mithau verpflichte den Beklagten nur dazu, seinen Antheil zur Aussaat, Fütterung u. s. w. beizutragen, nicht aber sei er verbunden die erforderlichen Quantitäten Frucht in untheilbarer Gemeinschaft zu belassen. Kläger könne nicht mehr verlangen, als daß Beklagter seine Nation Pferdefutter täglich und den Bedarf zur Aussaat rechtzeitig stelle, daß dies etwa nicht geschehen, werde nicht behauptet. Beklagter habe ein Recht auf die Hälfte des Reinertrags, Reinertrag sei aber nicht, was am Schlusse des Jahres resp. bei Beginn der neuen Ernte übrig sei, sondern was beim Dreschen aus der Windmühle herauslaufe, denn die Auslagen seien ja im Voraus von beiden Theilen aufgewendet.

Digitized by Google

Diese Ausführungen würden etwas für sich haben, wenn es sich allein um einen beiden Theilen gemeinsam zustehenden römisch-rechtlichen Nießbrauch handle, ohne die gleichzeitige Uebereinkunft, daß Mitbau stattfinden solle. Ziehe man indessen die Uebereinkunft des Mitbaus in Betracht, so werde man dem Oberappellanten nicht beizutreten vermögen. Der Mitbau, wenn er auch dem früheren Eigenthümer des Guts den Unterhalt (Leibgeding) sichern solle, sei, solange derselbe stattfinde, nach den für dies Rechtsverhältniß geltenden, aus der Natur der Sache abzuleitenden Grundsätzen zu beurtheilen. Er bestehe in der Erzielung des höchstmöglichen Ertrags des Guts. Gemeinschaftliche Bewirthschaftung setze aber voraus, daß die dieserhalb vorzunehmenden Handlungen in beiderseitiger Uebereinstimmung erfolgten, es dürfe nicht jeder seinen eignen Weg gehen wollen, nur so könne die deßfallsige Uebereinkunft verstanden werden.

Man müsse annehmen, daß über den Ertrag des Guts, wenn vorerst die darauf ruhenden Lasten, Taglohn, Forderungen der Handwerker, der Bedarf an Nahrung und Aussaat u. s. w. abgezogen worden, nur in Uebereinstimmung der beiden Theile verfügt werden könne. Diesen aus der Natur des Vertrags entspringenden Grundsätzen stehe auch nicht entgegen, daß Uebereinstimmung nicht stets stattfinden werde und daß in diesem Fall die von dem Oberappellanten geltend gemachten Gesichtspunkte entscheiden müßten. Richtig sei zwar, daß der Mitbau überhaupt nur ausführbar sei, wenn beide Theile einig und geneigt seien sich bei Meinungsverschiedenheiten in Güte zu vertragen. Liege aber diese Voraussetzung nicht vor, so folge daraus keineswegs, daß dieser Anstand auf dem Wege entfernt werden könne, den der Oberappellant betreten habe. Derjenige von beiden Theilen, der sich durch das Verhalten des andern in seinen Rechten verletzt fühle, müsse vielmehr geeignete Anträge bei Gericht stellen und dessen Entscheidung abwarten. Wer dem entgegen via facti vorgehe, gegen den sei nach der Analogie der actio pro socio eine aus dem Vertrag entspringende Klage gegeben. (Glück, a. a. O. B. XV. S. 446.) Darmst. O.-A.-Gerichtsentscheidung vom 23. October 1869.

Digitized by Google

gabe der folgenden wesentlichsten Organisationsgrundzüge. Die Gerichtsbarkeit erster Instanz soll ausgeübt werden durch Amtsgerichte (Einzelrichter) und collegialisch geordnete Handelsgerichte (besetzt mit einem präsidirenden rechtsgelehrten und zwei kaufmännischen Richtern) und Landgerichte (aus drei Richtern bestehend). Vor die Amtsgerichte gehören vermögensrechtliche — auch handelsrechtliche — Ansprüche im Geldwerth bis zu 100 Thaler, sowie ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstands gewisse einfache oder der Beschleunigung bedürftige Streitigkeiten, (Schwängerungs-, Mieth- und Viehhandelssachen); vor die Handelsgerichte die Processe über Handelsgeschäfte, welche auf Seiten beider Contrahenten als Handelgeschäfte erscheinen; vor die Landgerichte endlich alle andern Rechtsstreitigkeiten. Uebrigens ist der Prorogationsbefugniß der Partien fast uneingeschränkter Spielraum gelassen und insbesondere auch die Zustimmung des gewillkürten Gerichts nicht für nothwendig erklärt.

Als Gerichte zweiter Instanz sind vorgeordnet den Amtsgerichten die Landgerichte, diesen und den Handelsgerichten die Ober-Landesgerichte (Appellationsgerichte). Vorbehalten ist noch die Entscheidung, ob in Handelssachen den Amtsgerichten die Handelsgerichte vorzuordnen seien und ob für solche Sachen das Oberlandesgericht theilweise mit kaufmännischen Richtern besetzt werden soll. In letzter Instanz „wird die Gerichtsbarkeit von dem obersten Gerichtshofe ausgeübt". Die Zahl der Richter eines erkennenden höheren Gerichtshofs muß mehr als drei und stets eine ungerade sein. Die Rechtsanwaltschaft wird mit der Beschränkung freigegeben, daß sie von dem Nachweise des Studiums der Rechte und von der Ablegung einer Prüfung abhängig bleibt, vorbehaltlich der Entscheidung, ob nur diejenigen Rechtsanwälte zuzulassen seien, welche bei dem jeweiligen Proceßgerichte immatriculirt sind und am Sitze oder im Bezirk desselben wohnen. Für die Processe vor den Landgerichten besteht Anwaltszwang d. h. die Parteien müssen sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Das Verfahren selbst ist auf die Principien der Oeffentlichkeit, einer sehr entschieden durchgeführten Mündlichkeit und auf die Verhandlungsmaxime gebaut, die Eventualmaxime soweit möglich aufrecht erhalten; die Rechtskraft der Vorbescheide, insbesondere des heutigen Beweisinterlocuts, sowie die sog. Beweistheorie — mit Ausnahmen für Urkundenbeweis und Eid — sind jedoch beseitigt und die eventuelle Eideszuschiebung für unzulässig erklärt. Der Product kann dagegen fortan jede Beweisführung des Producenten mit anderen Beweismitteln dadurch abschneiden, daß er demselben den Eid zuschiebt.

Digitized by Google

Kritische Besprechungen des Entwurfs sind der Veröffentlichung desselben bereits auf dem Fuß gefolgt, zunächst eine solche von Dr. **W. Werenberg**, Rechtsanwalt beim Obertribunal in Berlin, **Erörterungen über den Entwurf einer Civilproceßordnung für den N. B.**, erstes Heft (Berlin, Weidmann, 35 S. 8°) und eine andere von dem Gerichts-Assessor **L. Brakenhausen, für und wider den Entwurf, mit einer kurzen Darlegung seines Inhalts** (Berlin, Weber, 44 S. 8°). Beide Schriften erklären sich im Großen und Ganzen von dem Entwurf in seinen Grundsätzen für befriedigt, beide erkennen übereinstimmend an, daß die Commission gegenüber den in ihren Principien theilweise so weit auseinandergehenden Institutionen in den einzelnen Gebieten Deutschlands Dasjenige gefunden, womit Alle zufrieden sein können, und daß den Anforderungen, welche man gegenwärtig an ein reformatorisches Proceßgesetzgebungswerk zu stellen berechtigt ist, im Ganzen allerdings Genüge geleistet worden sei. Im Einzelnen werden natürlich Ausstellungen von verschiedenen Seiten erhoben werden und sind auch in den obigen Schriften erhoben worden. Bedenken sind darin namentlich geltend gemacht gegen die Ueberweisung der geringeren Handelssachen sowie der einseitigen Handelsgeschäfte eines beklagten Kaufmanns an die Amts- und beziehungsweise Landgerichte statt an die Handelsgerichte; ferner gegen die Prorogationsfreiheit, insofern schon im Voraus bei Vertragsabschlüssen die conventionelle Unterwerfung unter ein unzuständiges Gericht für zulässig erklärt wurde, dann gegen die gesetzliche Attraction aller connexen Sachen an das mit einem Rechtsstreit bereits befaßte Gericht; außerdem wird gewünscht, daß auch in Bezug auf die Wahrung des Proceßlegitimationspunktes sowie der Nothfristen die Gerichte sich in Ermangelung eines Antrags der Gegenpartie passiv und indifferent verhalten sollten, und daß auch die Zustellung der Klage, des einzigen nothwendigen Parteienschriftstücks, nicht dem Gerichtsschreiber, sondern einem anzustellenden Gerichtsvollzieher übertragen werden möge (eine Frage, über welche die Commission selbst sich noch im Schwanken befindet.) Brakenhausen hegt weiter die Besorgniß, daß das Princip der Mündlichkeit allzustreng durchgeführt sei und daß die schriftliche Formulirung und Einreichung mindestens aller Parteienanträge verbunden mit der schriftlichen Darstellung der wesentlichen Thatsachen, auf welche sie sich stützen, unentbehrlich sei, kurz er empfiehlt die Aufnahme des französisch-rechtlichen Instituts der sogenannten Conclusionen. Er möchte endlich die eventuelle Eideszuschiebung beibehalten wissen. In Bezug auf die freigegebene Rechtsanwaltschaft

spricht er sich dagegen aus, daß etwa die juristische Facultätsprüfung schon zum Eintritt in diese berechtigen sollte, und verlangt hier dieselbe Qualification wie zum Richteramt, dagegen erklärt er sich in der von der Commission noch offengehaltenen Frage der Localisirung der Anwaltschaft für die freiere Ansicht, also für die Befugniß aller Anwälte, an allen Gerichten des Bundesgebiets zu practiciren.

Es ist natürlich hier nicht der Ort, über die dort angeregten Vorschläge, welche von Br. als Verbesserungsanträge zu den einzelnen Paragraphen formulirt worden sind, näher einzugehen und unsere Meinung auszusprechen; es muß hier genügen, auf die beiden Schriftchen aufmerksam gemacht zu haben.

Indem wir von dem projectirten Civilproceßgesetz nach den neuerdings erlassenen **Norddeutschen Bundesgesetzen** hinblicken, haben wir eine **Volksausgabe** (Textausgabe) derselben anzuzeigen, welche die außerordentlich thätige **Kortkampfsche Verlagsbuchhandlung in Berlin** veranstaltet hat. Nachdem früher die Bundesorganisationsgesetze, sowie die Gesetze der vorderen Legislaturperioden in dieser kleinen Ausgabe publicirt worden, liegen uns gegenwärtig eine Anzahl der in der jüngsten Reichstagssession verabschiedeten Gesetze in neun, zum Preis von 2 bis 6 Sgr. einzeln verkäuflichen, Heftchen vor, so namentlich die Gesetze über Errichtung des Bundes-Oberhandelsgerichts — über die Einführung der A. D. Wechselordnung und des A. D. Handelsgesetzbuchs als Bundesgesetze — mit der beigedruckten vollständigen A. D. W. O. nebst Novellen, und Sachregister, (6 Sgr.) — über die Gewährung der Rechtshülfe — über Aufhebung der polizeilichen Ehebeschränkungen, über Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns, über Gleichberechtigung der Confessionen, nebst dem Vertrag mit Nordamerika über Staatsangehörigkeit — über die Cautionen der Bundesbeamten — Wahlgesetz für den Reichstag des N. B. u. s. w.

Die meisten dieser schönen und correcten Textausgaben sind mit zweckmäßigen Sachregistern begleitet. Das Unternehmen wird neben den drei bereits vorhandenen, auf jedesmal andere Bedürfnisse berechneten, größeren Ausgaben — dem Koller'schen Archiv (Kortkampf) und den O. Müller'schen commentirten und Text-Editionen, siehe dieses Archiv im vorigen Band S. 110 und S. 216 ff.) — voraussichtlich ebenfalls sein dankbares Publicum finden.

Digitized by Google

Ehe wir hiermit die legislatorischen Veröffentlichungen der jüngsten Zeit verlassen und uns zu den Leistungen der Wissenschaft wenden, wollen wir nicht unterlassen, über den Fortgang einer recht eigentlich auf der Grenze zwischen beiden Gebieten stehenden Publication, nämlich der schönen **Stereotypausgabe des** Corpus juris civilis, (Berlin, Weidmannsche Buchhandlung), welche von **P. Krüger und Th. Mommsen** neben des Letzteren großer Digestenausgabe her besorgt wird, zu berichten. Deren zweites Heft (S. 136—320), enthaltend die Pandektenbücher X bis XXIV ist versendet worden, und können wir das in unserer ersten Anzeige, im vor. Band S. 109, Gesagte auch diesmal nur bestätigen. Für die seitherigen mangelhaften Handausgaben wird hier ein erwünschter Ersatz geboten.

An der Spitze der eigentlichen Arbeiten der Wissenschaft haben wir sodann diesmal unsere Leser mit einem Unternehmen bekannt zu machen, welches das gesammte Gebiet der Rechtswissenschaft zu umfassen bestimmt ist. Ausgehend von der Betrachtung, daß das Princip der Arbeitstheilung immer mehr auch in die Bearbeitung der Jurisprudenz eindringe, und durch diese Specialisirung der Forschung auf das Einzelne zwar das Ganze gefördert werde, aber auch die Gefahr herantrete, daß die einzelnen Disciplinen der großen Wissenschaft ihres Zusammenhangs unter einander und somit auch ihrer Einheit verlustig gehen möchten, und daß, um dies zu vermeiden, die Vertreter der Einzelheiten wenigstens die Grundideen des Ganzen in allen seinen Theilen kennen und ihrer Stellung und Bestimmung als Glieder eines Organismus sich bewußt bleiben müssen, ausgehend von diesen ohne Zweifel wohlberechtigten Sätzen hat sich Dr. **Franz von Holtzendorff**, Professor der Rechte in Berlin, der Redaction und Herausgabe einer **Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung** (Leipzig, Duncker und Humblot, 1870) unterzogen. Da „die Beherrschung einer Wissenschaft in ihrem ganzen Umfang und in allem ihrem Detail aber das Vermögen des Einzelnen übersteigt und es der zusammenfassenden Darstellung durch planmäßiges Zusammenwirken Mehrerer bedarf", so hat sich Holtzendorff der Mitwirkung einer Anzahl bedeutender Männer unseres Fachs, welche die Bearbeitung der einzelnen Disciplinen unter sich vertheilt haben, vergewissert. Wir nennen u. A. Aegidi, Ahrens, Becker (Greifswalde), Bruns, Endemann, Gneist, John, Schwarze ꝛc. Der erste, systematische Theil des Werks (823 S. 8°) liegt vor uns. Darin sollen in großen Umrissen die Grundzüge eines jeden Zweigs der Rechtswissenschaft entworfen sein. Er enthält

Digitized by Google

nach einer rechtsphilosophischen Einleitung von Ahrens die Darstellung der geschichtlichen Grundlagen der deutschen Rechtsentwickelung und der Rechtsquellen (röm., kanon., deutsche Rechtsgeschichte und Rechtsquellen, französ., normann. und engl. R.-Quellen, neuere Codificationen, Bearbeiter: Bruns, Hinschius, Brunner in Lemberg, Behrend in Berlin) — sodann das Privatrecht d. h. die Darstellung des heut. röm. Rechts (Bruns), des deutschen Privatrechts (Behrend) und des Handels- und Wechselrechts (Endemann) — und endlich das öffentliche Recht: Kirchenrecht (Hinschius), Strafrecht (Geyer), Proceß (John), deutsches Verfassungsrecht (v. Holtzendorff), Verwaltungsrecht (Meier in Halle) und europ. Völkerrecht (v. Holtzendorff). Im Ganzen dürfte Ton und Maß encyklopädischer Darstellung für Fachmänner, der oben dargelegten Tendenz des Werks entsprechend, meist richtig getroffen und eine bekanntermaßen schwierige Formaufgabe somit meist gut gelöst sein. Die theilweise in Anmerkungen beigegebenen Literaturübersichten werden dem Nichtspecialisten mannichfach zur Orientirung dienlich sein.

Der zweite Theil des Werks, welcher zu Ostern und Michaelis 1870 in zwei Hälften erscheinen soll, ist lexikographisch angelegt und soll, unter Voraussetzung der Grundlagen des ersten Theils, alle Specialitäten in alphabetisch geordneten Artikeln bringen, also Begriffsbestimmung des Worts, Angabe der hauptsächlichsten Anwendungen eines Rechtssatzes oder Rechtsbegriffs, einschlägige Controversen und deren Vertreter, monographische Hülfsmittel und sedes materiae im positiven Recht. Wir wünschen dem Werke, dessen Tendenz wir im Sinne seines Programms — Förderung der Einheit der Rechtswissenschaft — durchaus billigen, guten Fortgang und gute Aufnahme. Letztere wird ihm bei der tüchtigen inneren und der schönen äußeren Ausstattung, sowie dem verhältnißmäßig billigen Preis (10 Thlr. für die 3 Bände zusammen) ohne Zweifel um so weniger fehlen, als wir Deutschen an lexikalischen Nachschlagwerken aus dem Fach der Rechtswissenschaft weit ärmer sind, als z. B. unsere überrheinischen Nachbarn.

Gründe räumlicher Oeconomie gestatten uns die beabsichtigte eingehendere Besprechung einer Anzahl anderer juristischer Novitäten diesmal nicht, was wir um so mehr bedauern, als es sich theilweise, wie namentlich bei dem Buche von Schütze, um bedeutende wissenschaftliche Erscheinungen handelt. Wir bringen darum die Werke hier nur einstweilen zur Kenntniß der Leser des Archiv's, um die erste Anzeige nicht veralten zu lassen, und

Digitized by Google

behalten uns vor, über die wichtigeren in der nächsten Umschau näher zu berichten.

Es sind folgende uns zugegangene Schriften:

1) Prof. Dr. C. Bolgiano in München, gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet des gemeinen Civilprocesses, (München, Lentner, 1868, 467 S.)

2) Dr. O. Wächter, das Wechselrecht des Norddeutschen Bundes und der A. D. W. O. in den deutschen und deutsch-österreich. Ländern, für die Praxis dargestellt; 1. Abtheilung, 368. S. (Leipzig, Breitkopf und Härtel 1869).

3) Prof. Dr. Th. U. Schütze in Kiel, die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, zugleich ein Beitrag zur Läuterung der gesammten Lehre von der Verbrechermehrheit (Leipzig, Gebhardt, 1869, 425 S.)

4) H. von Valentini, das Verbrecherthum im preuß. Staat nebst Vorschlägen zu seiner Bekämpfung durch die Gesellschaft (Leipzig, Barth, 1869, 270 S.)

5) Dr. J. Vasalli, allg. rechtsphilosoph. Betrachtungen über das Strafverfahren, 1. Bd., allg. Principien (Erlangen, Enke, 1869, 287 S.)

6) H. Brunner, das anglogermanische Erbfolgesystem, ein Beitrag zur Geschichte der Parentelenordnung ꝛc., (Leipzig, Duncker und Humblot, 1869, 88 S.)

7) Dr. S. Puchelt, Kreisgerichtsdirector in Heidelberg, Zeitschrift für französ. Civilrecht, Sammlung civilrechtlicher Entscheidungen der französ. u. belgischen Gerichte mit Erläuterungen ꝛc., 1. Bd. 1. Heft (Mannheim, Bensheimer 1869. 144 S.)

8) Dr. J. von Kiraly, Betrachtungen über Socialismus und Communismus in ihrem Verhältnisse zu den Grundformen des Rechts, zur polit. Oeconomie, zur socialen Praxis und zur Politik, (Leipzig, Duncker und Humblot, 1869, 151 S.)

9) E. Wachter, Staatsanwalt, das (Preuß.) Gesetz über die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen vom 12. März 1869, nebst den Kosten- und Stempelbestimmungen, bearbeitet und erläutert (Berlin, Kortkampf, 1869, 76 S.)

10) Dr. Chr. Brocher, Prof. und Cass.-Rath in Genf, étude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire; mémoire couronné par l'institut de France. (Paris, Thorin; Genève, H. Georg, 1868, p. 412.)

A. W.

Digitized by Google

Literarische Anzeigen.

Im Verlag von **Eduard Zernin** in **Darmstadt** ist erschienen:

Der Lucca-Pistoja-Actienstreit

Ein Beitrag

zu

mehreren Fragen des Obligationenrechts, insbesondere der Theorie des dolus und der Lehre von der Stellvertretung.

von

Dr. Rudolf Jhering

K. K. Hofrath und Professor in Wien.

Preis elegant broschirt 12 Sgr. oder 42 kr.

Im **J. U. Kern's Verlag (Max Müller)** in **Breslau** ist soeben erschienen:

Die Preußische Konkurs-Ordnung

und das

Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855.

Ergänzt und erläutert

durch die neuere Gesetzgebung,

insbesondere durch das Gesetz vom 12. März 1869 und das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, sowie durch Rescripte und

Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals.

Herausgegeben von

E. Hahn,

Königlichem Tribunalsrath

Dritte vermehrte Auflage. Preis 1 Thlr. 7½ Sgr.

Die

Haftpflicht der Eisenbahnen

oder das Recht in Bezug auf

Unfälle und Unregelmässigkeiten beim Eisenbahnbetriebe

in England.

(The law relating to Railway Accidents)

Von Henry Andrews Simon,

Advocaten am Middle temple zu London.

Deutsch von M. M. Freih. von Weber,

k. sächs. Finanzrath und Staats-Eisenbahn-Director.

gr. 8. Geh. 24 Sgr.

Bei B. F. Voigt in Weimar erschienen und vorräthig in allen Buchhandlungen.

Digitized by Google

Im Verlage von **Eduard Zernin** in **Darmstadt** ist erschienen:

Beiträge zum Verständnisse
der vier
Mittelrheinischen Landrechte,
des
Solmsischen, Pfälzischen, Mainzischen Landrechts und des Landrechts der Obergrafschaft Katzenelnbogen,
herausgegeben
von
Advokat **Bopp**
in Darmstadt
Zweiter Theil.
Preis elegant broschirt — 24 Sgr. oder 1 fl. 24 kr.

In **C. G. Lüderitz'** Verlag in **Berlin** erschien:

Emminghaus: Hauswirthschaftliche Zeitfragen. Die Grenzen der Hauswirthschaft. Productions-Einschränkung. Markt- und Magazinverkauf. Die Dienstbotennoth. Das Einfamilienhaus statt der Miethskaserne. 1869. $7\frac{1}{2}$ Sgr.

Fr. von Holtzendorff: Die Principien der Politik 1869. 24 Bogen. gr. 8. 1 Thlr. 18 Sgr.

Fr. Julius Kühns: Ursprung und Wesen des Feudalismus. $7\frac{1}{2}$ Sgr.

Im Verlag von **Ferd. Enke** in **Erlangen** ist soeben erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Häberlin, Dr. C. F. W. J. Professor. Kritische Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund. 8 geh. Preis Thlr. — 18 Sgr. oder fl. 1 — Rhein.

Im Verlage von **Eduard Zernin** in **Darmstadt** ist erschienen:

Der Schutz der Parteien
gegen nachtheilige thatsächliche Aufführungen der öffentlichen Anwälte,
soweit solche auf Irrthum oder Versehen der Letzteren beruhen.
Mit besonderer Rücksicht auf Aussprüche der rechtsrheinischen Gerichtshöfe des Großherzogthums Hessen
von
Wilhelm Heinzerling
Landgerichtsassessor in Zwingenberg a. d. B.
Preis elegant broschirt — $12\frac{1}{2}$ Sgr. oder 42 kr.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

A. Abhandlungen. Seite.

I. Emminghaus, B. Vom Spiel-Anleben 3

II. Ladenburg, Dr., Obergerichtsanwalt. Der Geld-Umsatz. 18

III. Heinzerling, W., Landgerichts-Assessor. Ueber nova emergentia mit Rücksicht auf Ansprüche Großherzoglich Hessischer Gerichtshöfe 32

B. Entscheidungen.

I. Nachbarrecht. — Gesetzliche Eigenthumsbeschränkung in Bezug auf die Anlage einer Mistgrube in der Nähe des Nachbargrundstücks. — Rechtsmittel. Mitgetheilt von A. Weber 59

II. Nachbarrecht. — Servitut oder persönliches Recht (Obligation)? — Erfordernisse der Ausdrucksweise bei der vertragsmäßigen Bestellung einer Berechtigung als dingliches Recht (Servitut). Mitgetheilt von Demselben . . . 61

III. Nachbarrecht. — Servituten. — Collision des älteren Pfandrechts mit einer jüngeren vertragsmäßig bestellten und beziehungsweise einer jüngeren ersessenen Servitut. Mitgetheilt von Demselben 64

IV. Superficiarrecht. — Wesentliche Merkmale einer Superficies. — Nichtverbaute Theile des Grundstücks als Pertinenzen der Superficies — Gesetzliche Dauer und Umfang der Rechte des Superficiars, insbesondere Veräußerungsbefugniß. Mitgetheilt von Demselben 66

V. Servituten-Ersitzung. — Rechtliche Erfordernisse der Ersitzung einer servitus discontinua, insbesondere einer Maßberechtigung, und Umfang des prozessualischen Beweisthemas für eine solche Erwerbsart. Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsadvocaten Dr. Koch 72

VI. Servituten-Ersitzung. — Beweis derselben durch den Haupteid, insbesondere bei servitus discontinua Mitgetheilt von Demselben 75

VII. Servituten-Ersitzung. — Begriff der Clandestinität in der Ausübung. Mitgetheilt von Demselben 79

VIII. Actio de recepto. 80

IX. Actio de recepto. 83

X. Actio de recepto. Mitgetheilt von Herrn Hofgerichts- 84

XI. Actio de recepto. Rath L. Hallwachs 89

XII. Actio de recepto. 91

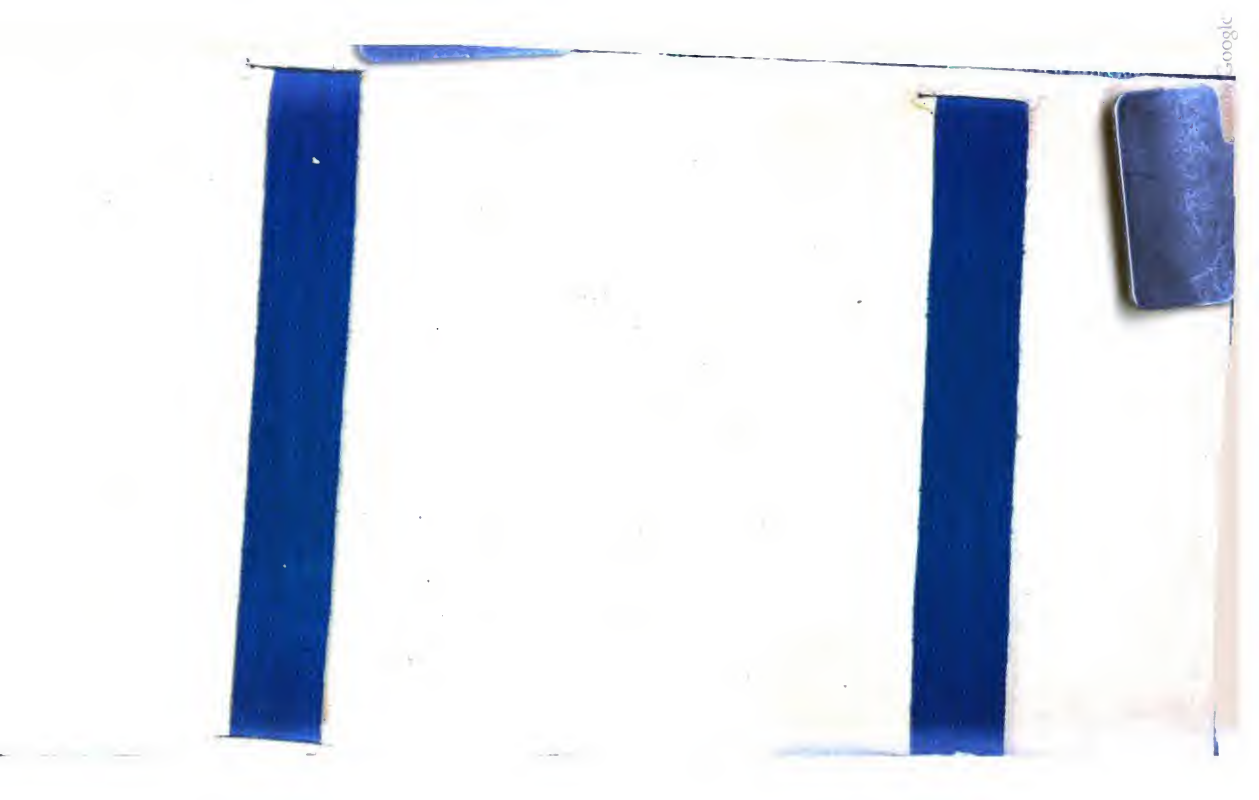
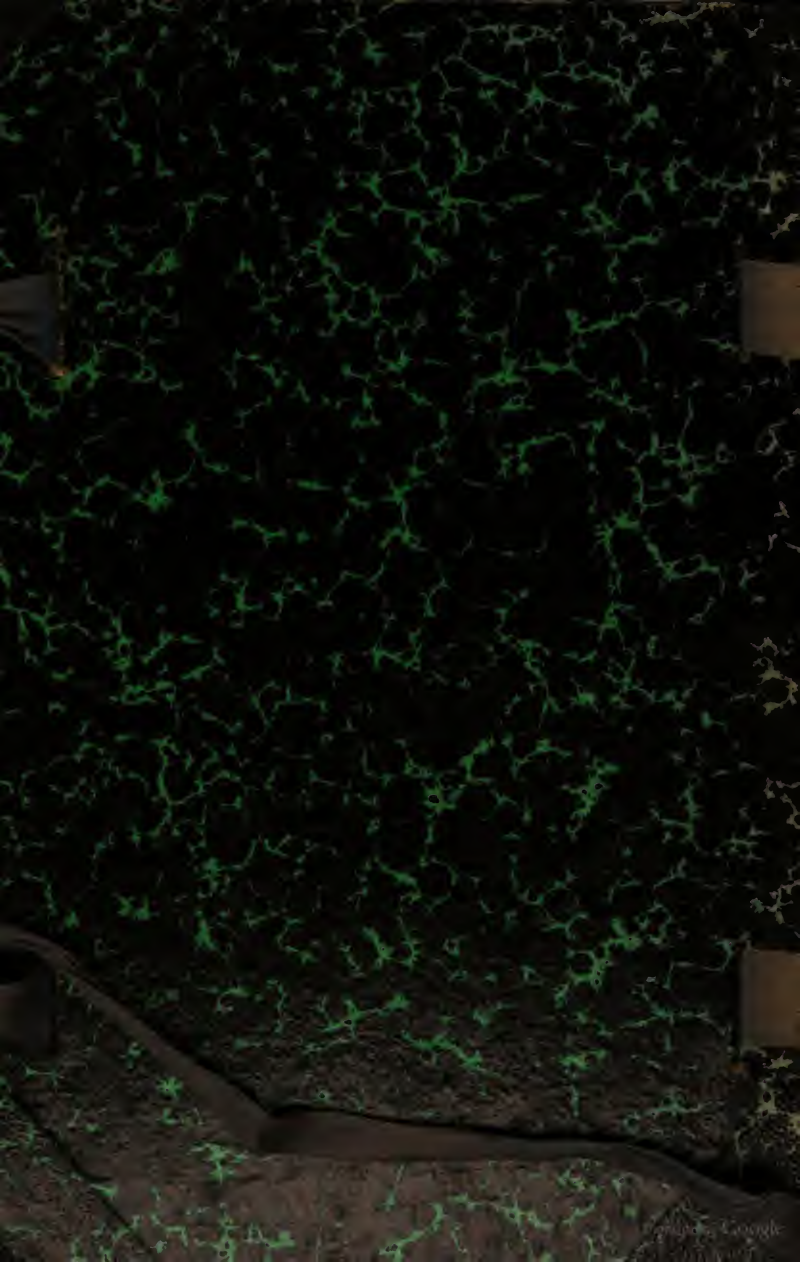
XIII. Actio de recepto. 92

XIV. Bescheinigung des Rechts auf Akteneinsicht. — Zeugenaussagen zum ewigen Gedächtniß als Bescheinigungsmittel. Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsadvocat Emmerling I. 94

XV. Abtretung einer Forderung aus einem zweiseitig lästigen Vertrage, insbesondere aus einem Kaufvertrage. Mitgetheilt von Herrn Hofgerichtsrath Dr. Kleinschmidt . 96

XVI. Ersetzung eines ohne Schuld verlornen Beweismittels durch ein neues. Nachweis des Verlustes und Gehör des Producten darüber. Aus dem Nachlaß von Herrn Hofgerichtsadvocaten Bopp 98

XVII. Bäuerlicher Mitbau. Mitgetheilt von Herrn Hofgerichts-Advocaten Massot 98

C. Literarische Umschau 104

Buchdruckerei von G. Otto in Darmstadt.